

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

TEMMUZ  
AĞUSTOS  
EYLÜL  
2008

SAYI  
**3**

**TCİD**

TÜRK  
CEZA HUKUKU  
DERNEĞİ  
TARAFINDAN  
ÜÇ AYDA BİR  
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA**  
**CRIMEN E POENA**

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**  
ISSN: 1308-0474

**Sahibi**  
**Türk Ceza Hukuku Derneği**  
**İktisadi İşletmesi adına**  
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat

**Genel Yayın Yönetmeni**  
Av. Fikret İlkiz

**Sorumlu Müdür**  
Av. Fehmi Demir

**Yayın Kurulu**  
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat  
Prof. Dr. Köksal Bayraktar  
Doç. Dr. Ümit Kocasakal  
Av. Fikret İlkiz  
Av. Fehmi Demir

**Copyright**  
**Türk Ceza Hukuku Derneği**  
• Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır  
• Üç ayda bir yayınlanır

**Abone Bilgisi**  
Cemile Meral  
0212/511 54 32 Dahili: 12

**İletişim Adresi**  
Türk Ceza Hukuku Derneği  
Nuruosmaniye Cad. No: 56 K: 4  
Cağaloğlu/İSTANBUL  
Tel.: 0212/513 11 71

**Basım Yeri**  
Kahraman Ofset Neşriyat San. Tic. Ltd. Şti.  
Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. No:34/4  
Atahan-Yüzyıl-Bağcılar/İSTANBUL  
Tel.: 0212/629 00 01

**Basım Tarihi**  
Temmuz 2008

---

## İçindekiler

---

Prof. Dr. Köksal Bayraktar	<b>1</b>	Yeni Türk Ceza Kanunu İle Geçen 3 Yıl
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat	<b>21</b>	Banka ve Kredi Kartlarına İlişkin Sapmalar
Hakim Yaşar Yetiş	<b>45</b>	Çek Kanunu Taslağı Hakkında Öneriler
Hakim Hüseyin İnce	<b>51</b>	Hükmün Açıklanmasının Geri Brakılması Kurumu
Mualla Buket Soygüt Arslan	<b>81</b>	Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Temel Sorunlar ve Öneriler
Av. Özgür Erbaş	<b>99</b>	Müstehcenlik, Kadınlar ve İfade Özgürlüğü
Av. Cüneyd Altıparmak	<b>110</b>	Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu
Stj. Av. Aysun Dalkılıç	<b>118</b>	Müşterek Faillik
Aslıhan Kart	<b>129</b>	Tüm Yönleriyle Rüşvet Suçu
Zeynep Türkmen Selda Mercan Neylan Ziyalar	<b>142</b>	Cinsel Suçluların İslahında Güncel Bir Yöntem: Kimyasal Kastrasyon
	<b>150</b>	Prof. Dr. Uğur Alacakaptan Makale Yarışması
Uğur Sarper Boz	<b>151</b>	1982 Anayasası Uyarınca Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu
Orçun Gündüz	<b>211</b>	Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu
M. Serhat Kaşıkara	<b>238</b>	Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu
	<b>270</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Dördüncü Daire Nikula v. Finlandiya Davası



## SUÇ ve CEZA

Ceza Hukuku Derneği, 21-22 Haziran 2008 tarihinde Galatasaray Üniversitesi Yiğit Okur Kampüsü Aydın Doğan Salonu'nda "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Üç Yılı" konulu bir sempozyum düzenlemiştir. Bu toplantıya oldukça yüksek bir katılım sağlanmıştır. Sıcak bir tatil günü olmasına rağmen, 250'yi aşkın katılımcı, Yargıtay hakimleri, savcılar, avukatlar, akademisyenler, hukukçular ve vatandaşlar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun belli konularını masaya yatırmış ve tartışmışlardır. Büyük bir memnuniyetle belirtmek gerekir ki, bu toplantımız amacına ulaşmış, kamuoyunda da yerini almıştır. Bizim için kıvanç veren nokta, hukukçu olan kişiler kadar hukukçu olmayan kimselerinde sempozyuma ilgi göstermesi ve artık susan bir toplum değil, görüşlerini açıklayan, tartışan bir toplum olma isteğinin ortaya çıkmasıdır. Uzun yıllar politikadan uzaklaştırılmış olan Türk halkı, artık siyasi ve hukuki konulara eğilmek, öğrenmek istemektedirler.

Dergimizin üçüncü sayısının yayınlanmasından önce, yine Türk kamuoyu bazı olaylar ile sarsılmıştır. Telekulak skandalı ortaya çıkmış ve bu olay insanları oldukça rahatsız etmiştir. Bir insanın özel hayatının kolluk tarafından rahatlıkla dinlenmesi, kamuoyuna nakledilmesi, kişinin özel dünyasına girilmesi, rahatsızlık uyandırmıştır. Bütün bunların suçu önleme bahanesiyle yapılmış olması da daha korkutucu hale getirmektedir.

Yargı gücüne yapılan hukuk dışı eylemler, demokratik bir ülkede vazgeçilemeyecek kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlal edilmesi demektir. Eğer siyasi güç, bir ülkede yürütme, yasama ve yargı gücünü aynı elde toplarsa, kuşkusuz o ülkenin demokratik bir sisteme sahip olduğunu söyleyemeyiz.

Bazı sivil toplum örgütleri, demokrasilerdeki baskı aracı olma rollerini yerine getirebilmek amacıyla, ülkede yeni bir Anayasayı yapabilmek için yeni bir meclisin kurulmasına önderlik yapmaktadır. Diğer yandan, meclisin feshedilerek yeni bir seğime gidilmesi tartışılmaktadır. Yeni partilerin kurulması gündeme gelmektedir. Sonbaharda yapılması karar-

laştırılmış olan yerel seçimlere hazırlıklar başlamıştır. Bir büyük beledi-  
yenin başkanı, tarihi bir binanın Anıtlar Yüksek Kurulu'nun izin olma-  
dan yıkılmasına "kamu yararı olduğu için yıktık" diyebilmektedir. Hepi-  
miz sorumluluklarımızı bilmek zorundayız.

Yaz ayları nelere gebedir ve neleri ortaya çıkartacaktır merakla bek-  
lemektediriz.

*Prof. Dr. Duygun YARSUVAT*

## Yeni Türk Ceza Kanunu İle Geçen 3 Yıl\*

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

### GİRİŞ

Türkiye kırk yıldan bu yana bir Ceza Hukuku hareketi içinde bulunmaktadır. Önceleri buna çok önem verilmemiş ve sadece belirli maddeler üzerinde durulmuştur. Artık yürürlükte olmayan önceki Türk Ceza Kanunu'nun 141., 142., 159., 163., 311 ve 312. maddeleri, özellikle 1968 olaylarından sonra yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Kanunun bu maddeleri Türk aydınları arasında çok eleştirilen maddeler olmuştur. 80'li yılların başında yeni bir Ceza Kanunu yapma hareketi görmekteyiz. Kanunun 1926'dan bu yana 4/5'nin değişmiş olması, çağa artık uymaması, güncel ve evrensel akımlardan uzak nitelik taşıması, Avrupa Birliği isteklerine cevap veremez duruma gelmesi ve yeni suç biçimlerini içinde bulundurmaması sebebiyle çok eleştirilmiş, yeni bir kanun yapma hareketi başlamıştır<sup>1</sup>. Bu hareket içerisinde Adalet Bakanlığı'nda Dönmezer başkanlığında oluşturulmuş bir kurulun hazırladığı taslak, daha sonra yeni kurullarda hep gözden geçirilmiş, dört kurulun devamlı çalışmaları sonucu bir Tasarı ile sonuçlanmıştı.

Bu Tasarı, bundan 5 yıl önce değiştirilmiş, TBMM'ne sunulan metin üzerinde çalışmakla görevli Adalet Komisyonu ise, Tasarı'nın özellikle "Genel Hükümler" başlıklı birinci kitabında önemli değişiklikler yapmıştır.

Yeni Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005'ten bu yana 3 yılda acaba neler oldu ve ne gibi değişiklikler görüldü? Bu çalışmamızda 3 yıldan bu yana Türkiye'de Ceza Hukuku alanında karşılaşılan bazı konularla ilgili Yargıtay Kararları ve genel eğilimler ortaya konulacaktır. Yargıtay Kararlarının bulunmasında ve bu çalışmanın içine akta-

\* İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi tarafından düzenlenmiş Cumartesi Forumlarında "YTCK'nın 3 Yılına Değerlendirilmesi" konulu konferans içeriğinin genişletilmiş metni.

1. Yeni Ceza Kanunu hazırlama nedenleri yönünden geniş açıklama için Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem. S sayısı 664, sh. 2 – 11.

rılmasında son bir yılda yayınlanan Ceza Hukuku kitaplarından geniş ölçüde yararlanılmıştır. Bu içtihatlar Türkiye'nin Ceza Hukuku yolunu da çizmektedir. Bu nedenle doktriner yorumlar ve kişisel görüşlerden çok Yargıtay Kararları'na dayanılmaya çalışılmıştır. Doğaldır ki bu çalışmamız derinlemesine, geniş ve ayrıntılı bir çalışma değildir. Bir konferansta ileri sürülen görüşlerin yazıya dökülmüş biçimidir.

Yargı, yapılan tartışmalara ve eleştirilere rağmen Kanunu önceki yılların çizgisine bağlı kalarak ve yeni hükümlere uyarak uygulamak zorunda kalmıştır ve bu durum ilginç bir hareketi beraberinde getirmiştir. Ceza Hukuku dergileri ve bilimsel yayınlar yoğun bir düzeye erişmiştir. Türk Ceza Hukuku Derneği, Türkiye Barolar Birliği gibi kuruluşlar ve çeşitli illerdeki barolar, Yeni Türk Ceza Kanunu'nu incelemeye ve çeşitli illerde bunu açıklamaya başlamışlardır. Bunun yanı sıra Adalet Bakanlığı, Türkiye'nin bütün illerinde toplantılar düzenlemiştir.

Ceza Hukuku alanında geçen 3 yıl içinde yalnızca Ceza Kanunu'nun değil, ceza hukuku mevzuatının da değiştiğini görmekteyiz. Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Çocuk Koruma Kanunu, Kabahatler Kanunu ve bu kanunlara bağlı yönetmelikler değiştirilmiştir.

Bu süreçte Ceza Kanunu'nda bazı maddeler değişmiş veya uygulamaları ertelenmiştir. Bu Kanun'un 5. maddesi tıpkı bir Anayasa maddesi gibidir. Söz konusu maddeye göre genel hükümlere aykırı olan özel ceza kanunlarındaki hükümler uygulanmayacaktır. Bunun üzerine bütün Ceza mevzuatı gözden geçirilmiştir. Yaş, tecil, özellikle erteleme yönünden çalışmaların yetersiz olduğu görülünce, bu maddenin yürürlüğü ile ilgili tarihe ertelenmeye başlanmıştır.

Bu tabloyu şu şekilde değerlendirmek yerinde olacaktır: Eski Ceza Kanunu 80 yıl içinde 4/5 oranında değiştirilen bir kanun olarak eleştirilmekte idi. Yeni Türk Ceza Kanunu 31.03.2005, 29.06.2005, 1.07.2005, 6.12.2006 ve 26.02.2008 tarihlerinde beş defa değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerle Kanun'un 60 maddesi çeşitli yönlerden değiştirilmiştir. Değişen bu maddelerin Kanun'un genel kapsamına göre oranı altıda bir ulaşmaktadır. Eğer bir kanunun 60 maddesi 3 yıl içinde değişiyorsa, kısaca ve öz olarak belirtelim, bunda bir yanlışlık var demektir.



Bu 3 yıllık süreci incelediğimizde bu dönemin “uyarlama davaları” denilen davalarla geçtiğini görmekteyiz. Ceza Hukuku’nun önemli yönü lehe olan kanunun geçmişe uygulanmasıdır. 756 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerinin hangilerinin failin lehine, hangilerinin aleyhine olduğu hususu, çözümü zor bir sorun olmuştur.

Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’unun 9/3. maddesine göre “Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir”. Bu kısa ve öz lü hükmün uygulanması çok güç olmuştur. Lehe olan kanunun saptanmasında güçlüklerle karşılaşmaktadır. Basit bir örnek vermek gerekirse, 1 gün hapis mi 1000 YTL mi failin lehine olur? Dolayısıyla Kanun’daki bu kural çok kolay uygulanamamış ve çeşitli kuşuklara yol açmıştır.

Adı geçen Kanun’un 9. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir : “1 Haziran 2005 tarihinden önce verilip de, Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır.” Bu hükme dayanılarak Yargıtay’dan mahal mahkemesine gönderilen dava dosyalarının yeniden incelenmesinde sorunlarla karşılaşmaktadır.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 12.03.2007 tarihli ve 10655/3593 sayılı kararında, Yargıtay’a gelmiş dosyanın değerlendirme yapılmak üzere aynen Mahkeme’ye iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>2</sup>.

Aynı Daire’nin lehe olan kanun ile ilgili bir diğer kararında, eski Kanun zamanında uygulanmayan takdiri hafifletici sebebin yeni Kanun çerçevesinde uygulanamayacağına, aksi takdirde karma uygulama olacağına işaret edilmiştir<sup>3</sup>.

Uyarlama davalarında uzlaşma ve hükmün açıklanmasının tehiri gibi yeni kavramların da dikkate alınması gerekliliği belirtilmiştir<sup>4</sup>.

Bu uygulama çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Karşımıza çıkan ilk sorun, yargıcın dosya üzerinden mi yoksa duruşma açarak mı

2. Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 12.03.2007 tarih ve 10655/ 3593 sayılı kararı, MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C.I, Ankara, 2007, sh. 47.

3. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 08.03.2007 tarih ve 9902/ 3447sayılı kararı , MALKOÇ, 48.

4. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 20.02.2007 tarih ve 06/ 9745-2284 sayılı kararı, MALKOÇ, 49.

uyarlama yapacağıdır. Uzun ve çetin tartışma ve çelişik kararlardan sonra Yargıtay, duruşma açılması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 11.04.2006 tarihli ve 13512/9205 sayılı kararı, bu konuda verilen önemli kararlardandır. Buna göre, lehe yasanın saptanıp uygulanması, herhangi bir inceleme ve araştırma yapılması, kanıt toplanması, takdir hakkının kullanılması, ya da cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin bir hükmün uygulanması olanağı, sonraki yasa ile ortaya çıkmışsa duruşma açılması gerekmektedir<sup>5</sup>.

Dosya üzerinde uyarlama, inceleme yapılması gerekmiyorsa, eylem suç olmaktan çıkarılmışsa, ceza sorumluluğu kalkmış ise ve yeni bir değerlendirme gerektirmiyorsa söz konusu olacaktır.

Dava zamanaşımı ile ilgili olarak da lehe kanun uygulaması söz konusu olacaktır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, “*suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanunun zamanaşımına ilişkin hükümleri, somut olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçlar birbiriyle karşılaştırılarak, lehe olan yasanın uygulanması gerektiğini*” ifade ederek, zamanaşımı bakımından da lehe kanun hükmünün uygulanacağını belirtmiştir<sup>6</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, lehe kanun uygulamasının emniyet tedbirleri ve denetimli serbestlik için de geçerli olacağını belirtmiştir<sup>7</sup>.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi ile ilgili olarak pek çok karar bulunmaktadır. Yargıtay'ın verdiği önemli bir karara göre, her iki kanundaki cezalar ayrı ayrı somuta indirgenerek, yani aşağı ve yukarı sınırlar içinde belirli bir ceza tayininden sonra suçu ve sorumluluğu etkileyen haller ayrı ayrı öngörülerek somut, belirgin cezalar verilecek ve daha sonra bunlar karşılaştırılıp lehe olan kanun saptanacak<sup>8</sup> ve tecil edilmeme durumu denetimli serbestliğe dönüşebiliyorsa bu değerlendirilecektir<sup>9</sup>.

---

5. Bkz. METİNER, Haydar – KOÇ, E. Ahsen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, c.I, Ankara 2008, sh.201.

6. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 05.03.2007, 11172/ 2162, MALKOÇ, 60.

7. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07.02.2006 tarih ve 11/12 sayılı kararı, MALKOÇ, 32.

8. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 22.03.2007 tarih ve 13431/ 3395 sayılı kararı; MALKOÇ, 40.

9. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 20.03.2007 tarih ve 6907/ 3306 sayılı kararı; MALKOÇ, 40.

Türk Ceza Kanunu'nun 3 yıllık değerlendirmesini ikili bir ayırım içinde yapmak yerinde olacaktır. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun üç yıllık incelemesi yapılırken öncelikle suçun unsurları ele alınacak sonra da bazı özel suç tipleri incelenecektir.

Ceza Kanunu incelemesi genel hükümler ve suçlar şeklinde iki bölüme ayrılabilir. Bu çalışmamızda, belirtilen kavramlara bölüm başlığı olarak yollamada bulunulmaktan çok bu kavramlar içerisinde yer alan kimi alt kavramlara yer verilecektir.

*1) Genel Hükümler yönünden TCK'da ortaya çıkabilen özellikler :*

Bu özellikler içinde faillik, teşebbüs, gönüllü vazgeçme, hukuka aykırılık, kusurluluk, haksız tahrik, iştirak, zincirleme suç ve ceza yaptırım gibi alt kavramlara değinilecektir.

*a) Faillik*

Türk Ceza Kanunu fail yönünden çeşitli özellikler arz etmektedir. Kanunda, bir kişinin kişisel statüsünü ve görevini suiistimal ettiği durumlar, nitelikli veya ağırlaşmış hal olarak kabul edilmektedir. Bu durumu özellikle cinsel suçlarda görmekteyiz.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda memur kavramı yer almamakta, bunun yerine "kamu görevlisi" kavramı kullanılmaktadır. Yeni TCK m. 6'da kamu görevlisi, "Kamusal faaliyetin yürütülmesine, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmaktadır. Bu düzenleme karşısında eski dönemde odacı, kaloriferci gibi memur sayılmayan görevliler, yeni yasa döneminde kamu görevlisi sayılacaktır. Böylece, özel kanunlarda "memur gibi cezalandırılır" şeklindeki yollamaların nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bunları yürürlükten kalkmış kabul etmek gerekecektir; diğer görüşe göre ise, bunlar yürürlükten kalkmamıştır, özel kanunlardaki göndermeler sadece yaptırım yönündendir<sup>10</sup>.

Faillik konusunda bir diğer özellik de yabancı olma durumunda ortaya çıkmaktadır. Yabancı ülkede işlenmiş suçta failin, yabancı uyruklu olması ve Türkiye'de bulunması durumunda iadesi sorunu ortaya çık-

10. MALKOÇ, 26

maktadır. 18. maddede bu konu ile ilgili yeni ve insancıl hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerin uygulanması için Mahal Mahkemesi kararından sonra Bakanlar Kurulu kararı önem taşımaktadır ve nihai karar Bakanlar Kurulu'nundur. Bu karar çerçevesinde de yurt dışında işlenmiş suçlarda, failin iadesi yönünde son karar merciinin Yürütme'ye ait olması durumu ile yeniden karşılaşılmaktadır.

*b) Teşebbüs:*

Yeni Ceza Kanunu eksik ve tam teşebbüs ayırımını kaldırmıştır. Türk Hukuku'nun 3 yılda artık bu duruma alıştığını ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Herhangi bir suçta teşebbüs durumu olduğunda yargıç, meydana gelen zararı, tehlikeyi ve eylemin ağırlığını ve ceza adaletini sağlayacak, ne miktarda indirim yapacağını inceleyecektir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 13.07.2006 tarihli ve 578/3189 sayılı kararında, “*sanık hakkındaki cezadan teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken; mağdurun toplam 16 bıçak darbesi ile hayati tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralandığı, bunlardan iki tanesinin öldürücü nitelikte olduğu, mağdurun akciğerine bıçak isabet ettiği göz önüne alındığında, meydana gelen zararın ağırlığı ile orantılı, ceza adaletini sağlayacak düzeyde bir indirim yapılması gerekir...*” şeklindeki bu kıstaslar dile getirilmiştir<sup>11</sup>. Teşebbüsle ilgili bir belirsizlik ortamına girilmiş ve takdiriliğin kuvvetle geçerli olması hali üstün gelmiştir<sup>12</sup>.

*c) Gönüllü Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık:*

Son Yargıtay kararlarında etkin pişmanlığın gönüllü vazgeçme olarak değerlendirildiğini ve failin cezalandırılmadığını görmekteyiz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 21.03.2007 tarihli ve 1825/1786 sayılı kararında, “*... sanığın mağdurun ölmesini engellemek amacıyla zaman geçirmeksizin mağduru, sağlık kuruluşuna götürerek tedavisinin yapılmasını sağladığı ve bu nedenle ölümün gerçekleşmemesi...*” hali gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiştir<sup>13</sup>.

11. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 13.07.2006 tarih , 578/ 3189 sayılı kararı, MALKOÇ, 241.

12. YTCK'daki teşebbüs ile ilgili tartışma ve belirlemeler için bkz. BAYRAKTAR, Köksal, Teşebbüs – İştirak ve Suçların Birleşmesi, Türk Ceza Kanunu'nun İki Yılı, TCHD yayınları, İstanbul 2008, sh. 137-147; AKIN, Mustafa, Teşebbüs – İştirak – İçtima, Türk Ceza Kanunu'nun İki Yılı, TCHD yayınları, İstanbul 2008, sh. 148 – 192.

13. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 21.03.2007 tarih, 1825- 1786 sayılı kararı, MALKOÇ, 246.

Bu eğilimin önemi şuradadır ki, eksik ve tam teşebbüs ayırımının ortadan kalkması gibi gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık ayırımı da ortadan kalkmaya doğru gitmektedir. Failin icra hareketlerini bitirmesinden sonra suçu engelleme çabaları da artık gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmektedir.

*d) Hukuka Aykırılık Unsuru:*

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda hukuka aykırılığı kaldıran unsurlar yönünden çok önemli yenilikler getirilmiştir. Hakkın kullanılması, mağdurun rızası ileride Türk Hukuku yönünden yeni gelişmeleri sağlayacaktır.

Hukuka uygunluk sebeplerinden biri kanun hükmünün yerine getirilmesidir. Bu açıdan kanun hükmünü yerine getirme ile ilgili olarak Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun ve Jandarma Teşkilat Kanunu'nun zor ve silah kullanma ile ilgili hükümleri önem taşımaktadır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 24.05.2006 tarih ve 4110/2101 sayılı kararında, "Otomobille kaçmakta olan şüphelilere arkadan ateş edilmesinde, PVSK'nın silah kullanma yetkisi veren 16. maddesinin, uygulanmaya çağını" ifade etmiştir<sup>14</sup>.

Yeni Ceza Kanunu hukuka uygunluk alanını genişletmektedir. Meşru müdafaa önceki yıllarda dar sınırlar içerisinde uygulanırken hakka saldırı kavramı ile sınırlar şimdi genişletilmiştir. Eski Türk Ceza Kanunu döneminde, ancak vücuda, namusa karşı saldırı olduğunda meşru müdafaa kabul edilmekteydi. Ancak Yeni Türk Ceza Kanunu'nda bütün haklara saldırı meşru müdafaa'nın varlığı için kabul edilmiştir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, verdiği bir kararında, etkili eylem ve hakarete, gene etkili eylem ve hakaretle karşılık verilmesinde meşru müdafaa'nın bulunup bulunmamasının tartışılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>15</sup>.

*e) Kusurluluk:*

Yeni Türk Ceza Kanunu ile yaratılan bir belirsiz alan "kusurluluk"tur. Eski Ceza Kanunu döneminde kast ve taksir olmak üzere iki tür kusurluluk söz konusuydu. Şimdi bu ikili ayırım arasına başka bir ikili ayırım daha konulmuştur: olası kast ve bilinçli taksir. Bugünden itibaren kusur-

14. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 24.05.2006 tarih, 4110/ 2101 sayılı kararı, MALKOÇ, 152.

15. Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nin , 26.03.2007 tarih, 3337- 4385 sayılı kararı, MALKOÇ, 162.

luluk 4 ayrı bölümde düşünülecektir: kast, olası kast, bilinçli taksir ve taksir. Olası kast ve bilinçli taksir, kanunda tanımlanmaktadır. Yeni TCK m. 21/2'deki düzenlemeye göre, “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır*”. Bilinçli taksir ise Yeni TCK m. 22/3'de “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi*” olarak tanımlanmaktadır.

Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlar önem taşımaktadır. Olası kastla ilgili olarak Yargıtay, değişik kararlarında çeşitli değerlendirmeler yapmıştır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, *mağdurun yanında iki kişinin bulunduğu bir durumda, onların da yaralanabileceğini öngörmesi gereken failde, olası kast olduğuna karar vermiştir*<sup>16</sup>. Yargıtay, başka bir kararında, *mağdurla boğuşmakta olan oğlunun da ateş isabeti ile yaralanabileceğini öngören ve ateşine devam eden failde olası kastın olduğunu* kabul etmiştir<sup>17</sup>. *Otomobile ateş eden failin otomobilde başka insanların da bulunup yaralanmalarını öngörmesine rağmen hareketine devam etmesi*, Yargıtay tarafından olası kast olarak değerlendirilmiştir<sup>18</sup>. Yargıtay, *otomobile arkadan ateş edilmesindeki kusurluluğu olası kast* olarak değerlendirmiştir<sup>19</sup>. Ayrıca, Yargıtay, “*düğün yerinde önce havaya yedi kez, sonra yere paralel bir kez ateş eden sanığın eyleminde ölümün öngörülmesi gerekliliğini dikkate alarak, olası kastın varlığını kabul etmiştir*<sup>20</sup>. Başka bir kararında Yargıtay, *tesadüfen kabvehanede bulunup ateş sırasında yaralanan mağdura yönelik eylemi, olası kastla yaralama olarak kabul etmiş, yerel mahkemenin ölüme teşebbüs şeklindeki değerlendirmesini yerinde bulmamıştır*<sup>21</sup>.

16. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 06.03.2007 tarih , 201/ 1102 sayılı kararı, MALKOÇ, 135

17. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 02.03. 2007 tarih, 1417/ 2016 sayılı kararı, PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, Ankara 2008, sh. 369

18. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 14.02.2007 tarih, 3790/ 405 sayılı kararı, PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, Ankara 2008, sh. 370.

19. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 14.02.2007 tarih, 3790/ 405 sayılı kararı, PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, Ankara 2008, sh. 370.

20. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin 27.09.2005 tarih, 2282/ 2585 sayılı kararı, PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, Ankara 2008, sh. 392.

21. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin 07.02.2006 tarih, 1373/ 131 sayılı kararı, PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, Ankara 2008, sh. 375

Bütün bu kararlar çerçevesinde olası kast için kullanılan kıstasın failin neticeyi öngörmesine rağmen hareketine devam etmesi olduğunu söylemek pek yerinde olmayacaktır. Çünkü bazı Yargıtay kararlarında failin neticeyi öngörmesine rağmen hareketlere devam etmesi biçimindeki kıstasın yanı sıra neticeyi öngörme gerekliliği gibi kanundaki düzenlemeyi daha da genişleten bir diğer kıstasla karşılaşılmaktadır. Bu durum, olası kastın alanının genişletilmesini ifade etmektedir ki, cezalandırıcı yaklaşımı böylece ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay'ın bilinçli taksiri değerlendirdiği çeşitli kararları bulunmaktadır: "... Bir odada, aile bireylerinin bulunduğu anda tabancasını temizlerken, tabancanın ateş alması ve annenin ölümüne sebep olunması durumunda bilinçli taksirin bulunduğu kararı verilmiştir<sup>22</sup>. Ayrıca, mağdurda kalp hastalığının varlığını bilen kişinin, bu kişiye vurması halinde meydana gelen neticeden bilinçli taksirli olarak sorumlu olacağı belirtilmiştir<sup>23</sup>. Özellikle trafik kazalarında bilinçli taksirin uygulanmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Yargıtay, yanlış yolda geri gitme<sup>24</sup>, aşırı alkol ve hız sınırını aşma sonucunda meydana gelen müessir fiil ve ölüme sebebiyette kusuru bilinçli taksir olarak değerlendirmiştir<sup>25</sup>.

Taksiri düzenleyen 22. maddenin 6. fıkrasına göre, taksirli hareket sonucu neden olunan netice, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından ayrıca cezalandırmasını gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa, faile herhangi bir ceza verilmeyecek, bilinçli taksir olması halinde ise, bu durum cezada indirim sebebi olarak kabul edilecektir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, sanığın, eşine ait evinin tedbirsizlikle yanmasına sebep olması durumunda, TCK m.22/f.6'ya göre değerlendirme yapılması gerektiğine karar vermiştir<sup>26</sup>. Failin, taksiri sebebiyle yalnız kendi ahırının yanmasına sebep olması da bu fıkra kapsamında değerlendirilecektir<sup>27</sup>.

- 
22. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin,14.02.2007 tarih, 494/447 sayılı kararı, PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzafer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, Ankara 2008, sh. 432
23. Bu yöndeki kararlar için bkz.: Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin 13.02.2007 tarih, 4558- 388; Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 12.02.2007 tarih, 5- 323 sayılı kararı, PARLAR – HATİPOĞLU, 432
24. Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin, 01.11.2006 tarih ve 5292/5611 sayılı kararı, PARLAR – HATİPOĞLU, 435.
25. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin 04.10.2006 tarih ve 3666/ 4987 sayılı kararı, PARLAR – HATİPOĞLU, 435.
26. Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin, 07.02.2007 tarih , 2006/ 6844-2007/742 sayılı kararı, PARLAR – HATİPOĞLU, 432.
27. Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin, 30.01.2007 tarih , 06-5986/ 460 sayılı kararı, PARLAR – HATİPOĞLU, 433.



Olası kast ve bilinçli taksirde Yargıtay'ın henüz kesin, ayırt edici kıstasları ortaya koymadığını ileri sürmek hatalı olmayacaktır. Olası kastta failin neticeyi öngörmesi gerekliliği biçimindeki kıstas bu kavramın alanını genişlettiği gibi, bilinçli taksirde de neticeye engel olucu hareketlerde bulunma yeteneği ya da yeterliliği bir kenara itilerek kavramın alanı genişletilmiştir<sup>28</sup>. Kusurluluğun önümüzdeki yıllarda en çok üzerinde durulacak kavramlardan biri olacağını şimdiden söyleyebilmek mümkündür.

*f) Haksız Tabrik:*

Kusurluluk içinde olmayan fakat suçu etkileyen bir hafifletici neden haksız tahriktir. Eski Türk Ceza Kanunu'nda töre saikiyle suç işlenmesi halinde haksız tahrikin bazı kararlarda uygulanması çok eleştirilmişti.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, törenin özel olarak öngörülmesi yeni ve kuvvetli bir akım olarak ortaya çıkmıştır<sup>29</sup>.

Törenin nasıl anlaşılması gerektiği yönünde Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 27.04.2006 tarihli kararı ilginçtir. "...erkeklerle para karşılığı ilişkiye giren maktule ile sanığın da birçok defa para karşılığı ilişkiye girdiği, aralarında herhangi bir akrabalık ve duygusal bağ bulunmadığı, sanığın fuhuş yapmamasını istediği maktulenin bunu kabul etmemesinde sanığa karşı herhangi bir haksız tabrik bulunmadığı..."<sup>30</sup>. Görüldüğü gibi bu kararda, cinsellikle ilgili bireysel anlayışın töre olarak nitelenemeyeceği açık biçimde belirlenmiştir.

Diğer taraftan Yargıtay, bazı suç tiplerinde haksız tahrikin uygulanamayacağı yönünde karar vermiştir. Yargıtay 5. Dairesi 29.03.2006 tarihli kararı; "...Zorla ırza geçme ve yağma suçlarından haksız tabrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı halde tabrik nedeniyle cezadan indirim yapılmak suretiyle noksan ceza tayini..." şeklinde<sup>31</sup>. Bütün suçlar için uygulanabilirliği genel kural olan haksız tahrikin bazı suçlarda uygulanamayacağını kabul etmek çok güçtür.

28. Olası Kast ve Bilinçli Taksir'deki ayırt edici bilgiler için Bkz. DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II, 11. bs. İstanbul 1997, sh 234-263.

29. Bu konuda bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem. S sayısı 664, sh. 434.

30. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin, 27.04.2006 tarih ve 1410/ 1683 sayılı kararı, MALKOÇ, 188.

31. Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 29.03.2006 tarih ve 402/ 2577 sayılı kararı, MALKOÇ, 680.



g) *İştirak:*

İştirakte Yeni Türk Ceza Kanunu'nda fail, azmettiren ve yardım eden olmak üzere üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Eski Türk Ceza Kanunu döneminde çok yoğun bir alan olan iştirak teorisinin basite indirildiğini görmekteyiz. Yargıtay'ın eğilimi genellikle, ferî fail özelliğinin asli fail olarak cezalandırılması şeklindedir. Yeni TCK m. 37, çoğu eylemi faillik içine sokmaktadır.

Fail kavramında, asli fail olmanın sınırlarını genişletici eğilimi şu kararda belirgin biçimde görmekteyiz.

*“... Suça konu çuval içerisindeki uyuşturucu maddeyi teslim edeceği yere kadar getirip, bu yerde alıcı kılığındaki muhbir ile bekleyen kocasına teslim edip, daha sonra uyuşturucu maddenin satımından elde edilen parayı kocasından alarak olay yerinden uzaklaşan sanık A'nin gerçekleştirdiği eylemler itibariyle faillik statüsünün TCK'nın 37. maddesinde öngörülen hale uyduğu gözetilmeden “yardım eden” şeklinde nitelenip, hakkında anılan kanununun 39. maddesi uygulanarak cezasından indirim yapılması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...”<sup>32</sup>*

Yeni TCK'da yer almayan kavga suçu ile ilgili olarak da, müessir fiil suçunda müşterek fail ya da yardım eden faile ilişkin hükmün uygulanabileceğine dolaylı biçimde değinilmiştir.

*“...Tebliğname'de dosya kapsamına göre sanıkların önceki hükümde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 464/3. maddesi gereğince cezalandırılmalarına karar verildiği, lebe kanun uygulanmasında ise, anılan maddenin karşılığının bulunmadığı ve suç olarak tanımlanmadığından babisle sanıkların beraatlerine karar verilmiş ise de, eylemlerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37. ve 39. maddeleri kapsamında değerlendirilebileceği hususunun dikkate alınmamasında isabet görülmemiştir’ ...”<sup>33</sup>*

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun bu düzenlemesi, suça katılan pek çok kişinin fail olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

32. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 29.03.2006 tarih ve 402/2577 sayılı kararı, MALKOÇ 680.

33. Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin, 13.03.2007 tarih ve 1122-2452 sayılı kararı, MALKOÇ, 256.

*b) Zincirleme Suç:*

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda zincirleme suç olabilmesi için mağdurun aynı olması aranmakta ve belirli suçlarda da bu hal uygulanmamaktadır. Mağdurların farklı olması durumunda zincirleme suçun oluşmayacağına belirten iki ayrı Yargıtay Kararı'nı ortaya koymakta yarar bulunmaktadır<sup>34</sup>.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 15.08.2006 tarihli kararında; "...Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun mağdur sayısınca tatbik edileceği gözetilmeden tek suç kabulü ile sanığın cezasında 5237 sayılı Yasa'nın 43. maddesi uyarınca artırım yapılması ve cinsel amaç unsuru bulunduğu halde 5237 sayılı TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır..."<sup>35</sup>

.....

"... Hukuka aykırı şekilde kullanılarak banka ve kredi kartı sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek amacıyla 5237 sayılı Yasa'da düzenlenen banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu; hükmün düzenleme amacı ve düzenleniş biçimi ile korunan hukuki menfaat gözetildiğinde kart sayısınca olduğu halde yazılı şekilde TCK'nın 254. maddesi ile bir kez uygulama yapılarak ek-sik ceza tayini..."<sup>36</sup>

*ı) Cezalar:*

Türk Ceza Kanunu'nda ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası şeklinde hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüş, bunun yanında adli para cezası adı altında yeni bir cezaya yer verilmiştir. Süreli hapis cezası, uzun ve kısa süreli hapis cezası olarak ayırımı tabi tutulmuştur. Kısa süreli hapis cezaları için adli para cezası, eğitim kurumuna verme, zorla çalıştırma, meslek öğretme, aynen iade ve tazmin şeklinde seçenek yaptırımlar öngörülmüştür.

Yeni TCK m.50/ 1-a'ya göre, kısa süreli hapis cezası, adli para cezasına çevrilebilir. Bu para cezasının ödenmemesi halinde, yargıç aynı mad-

34. Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin, 08.08.2006 tarih ve 3992/ 6689 sayılı kararı, MALKOÇ, 281.

35. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 15.08.2006 tarih ve 6484/6738 sayılı kararı. MALKOÇ, 281

36. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 20.09.2006 tarih ve 5243/7374 sayılı kararı, Kazancı Hukuk Otomas-yon (Erişim tarihi 17.06.2008)

denin 6. ve 7. fıkrasına göre, kısa süreli hapis cezasının aynen çekilmesine ya da başka bir tedbire çevrilmesine karar verebilecektir.

Cezalar sistemiyle ilgili olarak Yargıtay 8.Ceza Dairesi'nin 1 Kasım 2006 tarihli kararı önem taşımaktadır. Söz konusu karara göre, doğru-  
dan doğruya para cezası verilmiş ve ödenmemişse, bu ceza gün karşılığı hapse çevrilecek, bu ceza ertelenmeyecek ve şartla salıverme uygulanmayacaktır<sup>37</sup>.

TCK m. 191'de öngörülen tedavi ve denetimli serbestliğe uymama halinde hükmedilecek hapis cezası için, TCK m.50/1'deki tedbire hükmedilebilecektir<sup>38</sup>.

TCK m.50/2'ye göre, "Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez". Yargıtay, bu hükmün mutlak olmadığını, aynı maddenin 3. fıkrasındaki hallerde, bu maddede öngörülen tedbirlere çevrilmenin mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>39</sup>. Karar şu şekildedir.

*"... sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde belirtilen seçimlik cezalardan tercih edilen hapis cezasının aynı Kanun'un 50/2. maddesi uyarınca paraya çevrilemeyeceği belirtilmiş ise de, aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen 'daha önce hapis cezasına mahkûm edilmiş olmak kaydıyla fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış bulunanların mahkûm edildikleri bir yıl veya daha az süreli hapis cezası birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir' hükmüne göre 18 yaşından küçükler için paraya çevirme yasağının, seçimlik ceza öngören ve 1 yıl ve üzerindeki hürriyeti bağlayıcı cezaları kapsadığı anlaşılmalı, suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanık hakkında sonuç olarak hükmolunan 2 ay 1 gün hapis cezasının 5237 sayılı TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin gözetilmemesi..."*

Buna göre, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili

37. Yargıtay 8.Ceza Dairesi'nin, 01.11.2006 tarih ve 6232/ 7864 sayılı kararı, PARLAR – HATIPOĞLU, 853.

38. Yargıtay 10.Ceza Dairesi'nin 21.03.2007 tarih, 06-11031/ 3377 sayılı kararı, MALKOÇ, 307- 308.

39. Yargıtay 2.Ceza Dairesi'nin, 08.03.2007 tarih ve 10940/ 3444 sayılı kararı, MALKOÇ, 308.

işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanlar için söz konusu tedbirlere başvurulabilecektir.

TCK m. 51'de hapis cezasının ertelenmesi düzenlenmiştir. Yargıtay, bu konuda verdiği bir kararda, para cezalarının ertelenmemesinin Eski Türk Ceza Kanunu zamanında işlenen suçlar hakkında uygulanmayacağını belirtmiştir<sup>40</sup>. Yeni Ceza Kanunu sisteminde para cezalarının ertelenmesi söz konusu değildir.

Erteleme kararı verilirken hükümlünün durumunun değerlendirilmesi gerekir. Zira Yargıtay, hükümlünün yargıç tarafından kişisel özellikleri dikkate alınmadan erteleme kararının verilmemesini doğru bulmamıştır<sup>41</sup>. Ayrıca, sanık hakkında, suç işlemeyeceğine dair kanaatin oluşmadığının ortaya konulması halinde, bunun gerekçelendirilmesi gerekmektedir<sup>42</sup>.

Yeni TCK 53. maddesinin uygulandığı durumlarda cezanın infazı ile hak yoksunlukları kendiliğinden ortadan kalkacağından, artık bu hak yoksunluklarının ortadan kaldırılmasının talep edilmesinde yasal bir zorunluluk bulunmamakta ise de 5252 sayılı ve diğer kanunlardaki yasaklıklar yönünden bu yola başvurulabilir<sup>43</sup>.

Yeni Ceza Kanunu sistemi içinde cezanın nasıl verileceği, ceza tayininde hangi kuralların uygulanacağı, yönünde kurallar bulunmaktadır. YTCK 61. maddenin içerisinde ayrı ayrı yer alan ilkeler, ceza tayininde yargıç için yol gösterici olacaktır. Bu konuda Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 25.09.2006 tarih ve 3708/7517 sayılı kararı önem taşımaktadır:

*"... 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adalet Komisyonu gerekçesinde de belirtildiği üzere adı geçen kanununun 614. maddesi ile cezanın belirlenmesinde izlenmesi gereken yöntem açık ve denetime imkan tanıyacak biçimde ortaya konmuştur. Buna göre, somut olayda ilgili suç tanımında belirlenen cezanın alt ve üst sınırlar arasında ceza tayin edilirken, cezanın belirlenmesine ilişkin madde hükmünde gösterilen ölçütler dikkate alınacaktır. Bu düzenleme ile soyut gerekçelerle cezanın*

40. Yargıtay 4.Ceza Dairesi'nin 12.03. 2007 tarih ve 05- 13403/2294 sayılı kararı, MALKOÇ, 321.

41. Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin., 10.07.2006 tarih ve 7240/ 6552 sayılı kararı, MALKOÇ, 325.

42. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 11.07.2006, 3842/ 6471, MALKOÇ, 325.

43. Bu yönde Bkz. Yargıtay 10.Ceza Dairesi'nin, 12.03.2007 tarih ve 06-12512/ 2769 sayılı kararı, MALKOÇ, 346.

*alt veya üst sınırdan belirlenmesi şeklindeki yanlış uygulamanın önüne geçilmek amaçlanmıştır.*

*Bu açıklamalar ışığı altında bir suçtan dolayı TCK'nın 61. maddesi gereğince temel ceza belirlenirken sözkonusu maddenin 1. fıkrasında yedi bent halinde sayılan hususlar göz önünde bulundurularak ve somut gerekçeler tek tek belirtilmek suretiyle ilgili kanun maddesindeki cezanın alt ve üst sınırları arasında takdir hakkı kullanılacaktır. Ayrıca bu temel ceza belirlenirken aynı kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasındaki 'suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.' şeklindeki hüküm de gözetilmek zorundadır.*

*Buna göre, sanık hakkındaki hükmolunacak temel ceza TCK'nın 61. maddesindeki belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak somut gerekçeler belirtilmek sureti ile belirlenmesi gerekirken, hukuki dayanakta yoksun ve somut olaya uygun olmayan 'takdirene ve teşdidene' denilmek suretiyle temel cezasının belirlenmesi..."<sup>44</sup>*

Ancak bu ilkelere rağmen ceza tayin ve takdirinde, adalet ve hakkaniyete de yer verilmesi gerekliliğine bir başka kararda işaret edilmektedir:

*"... İki sınır arasındaki cezanın belirlenmesi yetkisi kullanılırken 'hakkaniyet kurallarına' bağlı kalınması, bu husustaki gerekçenin ; suçun işleniş biçimi, taksire dayalı kusurun ağırlığı, suç konusunun önem ve değeri, suç nedenleri gibi ölçüler içinde dosyaya uygun olması, takdirde yanılgiya düşülmemesi gerekir. Dosya kapsamından, sanığın ölüm ile sonuçlanan olayda asli kusurlu olmadığı nazara alındığında ; temel cezanın adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı şekilde fazla tayini..."<sup>45</sup>*

44. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 25.09.2006 tarih ve 3708/7517 sayılı kararı, MALKOÇ, 325.

45. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 30.01.2007 tarih ve 2006/6231 – 2007/476 K. sayılı kararı, Aynı şekilde Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 12.12.2006 tarih ve 6067/5614 sayılı kararı ; 9.6.2006 tarih ve 1405/2479 sayılı kararı ; 7.6.2006 tarih ve 214/2418 sayılı kararlarında Adalet'in öngörüldüğü saptanmaktadır. Bkz. METİNER – KOÇ, a.g.e. sh 32.

2) Yeni TCK'da yer alan bazı yeni suçlarla ilgili gelişmeler :

Yeni TCK, Eski TCK'da varolan pek çok suçu içine almış, buna karşılık Kabahatlerin ayrı bir kanun biçiminde yürürlüğe girmesine meydan vermiştir. Bunun yanı sıra Yeni TCK'da işkence, ayrımcılık, çevreyi kirletme, imar kirliliğine neden olma gibi yeni suç biçimleri de yer almıştır. Çalışmamızın bu bölümünde bazı suçlarla ilgili gelişmelere değinilecektir.

Göçmen kaçakçılığı, yeni ve güncel suçlardan biridir. Yargıtay, sayıları kırka yaklaşan kaçak işçileri barındıran ve sonra bir otobüs terminaline götüren sanığın eylemini göçmen kaçakçılığına teşebbüs olarak nitelmiştir<sup>46</sup>. Karar şu şekildedir;

*“...Sanığın yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş yapan ve diğer sanıklar Aksaray'daki evde kalan yabancı uyruklu 36 kişiyi sanık FN'ye ait araç ile evden alarak otogara götürürken ihbar üzerine Vatan Caddesinde eylemini tamamlayamadan yakalanması şeklindeki eyleminin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 79/1-b maddesinde tanımlanan ve 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesindeki göçmen kaçakçılığı suçuna nazaran daha lehe olan yabancıyı yurtdışına çıkarmaya imkan sağlama ya teşebbüs suçunu oluşturduğu halde, yazılı şekilde karar verilme suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesi;*

*Yasa dışı yollarla Türkiye'ye giriş yapan yabancı uyruklu kişilerin kalmaları için sanık Ö ile C'nin Aksaray semtinde aylık 500 Euro'ya ev kirledikleri ve F'nin de kendisine ait ... plakalı aracı göçmenlerin kaldıkları evden nakli için tahsis ettiği ve tüm dosya içeriğine göre sanıkların atılı suçu işledikleri kanıtlandığı halde mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...”<sup>47</sup>*

Önceki yıllarda doktrinde hareketin şekli kavramı içinde incelenen “ihmal sureti ile icra<sup>48</sup>” adam öldürme suçunda özel olarak Yeni TCK 83/2'de belirtildikten sonra yargı kararlarına konu olmaya başlamıştır.

*“...Sakat ve 5 yaşında olan maktulün bakımı ile görevli annesi sanığın kalorifer ve soba bulunmayan, tutanaklara göre normal ev eşyası olmayan evde kış mevsiminde kendi başına terk etmek suretiyle kasten*

46. Yargıtay 8.Ceza Dairesi'nin, 09.11.2006 tarih ve 4799-8025 sayılı kararı, MALKOÇ, 487.

47. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin 9.11.2006 tarih ve 4799/8025 sayılı kararı.

48. Bkz. DONMEZER – ERMAN, c. I, 13. Bs. İstanbul 1997, sh 473-482.

*ölümüne neden olduğu anlaşıldığından 765 sayılı TCK'nın 450/1. maddesi ile 5237 sayılı Yasa'nın 83/2. maddesinin somut olarak karşılaştırmak sureti ile cezalandırılması yerine yazılı şekilde karar verilmesi...*<sup>49</sup>

Taksirle ölüme neden olmada kusurun derecelendirilmesi artık Yeni TCK'da bulunmamaktadır. Önceki yıllarda varolan kusurun sekiz oranında bölünerek cezanın ona göre tayin edilmesi bugün artık terkedilmiştir. Kanun'un 85. maddesinde yer almayan kusur derecelendirmesinin uygulamada bazı kararlarda devam ettiği ve hatta değişik ve çelişik değerlendirmeler yapıldığı da görülmektedir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 8.3.2007 tarih ve 7005/1925 sayılı kararı bu konuda ilginç bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır.

*“...Ölenin aydınlatması bulunmayan otoyola aniden çıkması ve sanığın olayda 2/8 kusurlu olduğunun kabul edilmesi karşısında sanık hakkında uygulanan maddede öngörülen hapis cezasının en üst haddinden tayini için neden bulunmadığı gözetilmeden olay anında alkollü olması gerekçe gösterilerek yazılı şekilde hüküm tesisi ...”*<sup>50</sup>. Yargıtay, bu durumda yargıcın üst sınırdan ceza vermesini bir bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Cinsel suçlar ve bu konudaki suçluluk, uygulamada büyük bir duyarlılıkla karşılanmaktadır. Yargıtay, cinsel suçlarla ilgili olarak *“Sanığı önceden tanımayan ve iftira atması için bir sebep olmayan”* şeklinde bir kıstas kullanmakta ve böylece bir suçluluk karinesi yaratmaktadır<sup>51</sup>. Karar şu şekildedir:

*“...Sanığı önceden tanımayan ve iftira atması içinde herhangi bir nedeni bulunmayan 9 yaşındaki mağdure B'nin aşamalarda süren anlatımları, teşhis tutanağı tanık beyanları karşısında sanığın olay günü kütüphanede yalnız olarak bulunan mağdurenin yanına gelerek 'sen insan anatomisini, nasıl hamile kaldığını biliyor musun' dediği, mağdure oradan gitmek istediğinde ise sanığın mağdurenin bacağından tutarak okşadığı, içeriye tanıklar E ve S'nin girmesi ile eylemine son*

49. Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin 13.02.2007 tarih ve 2274-382 sayılı kararı MALKOÇ, 551

50. Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin 08.03.2007 tarih ve 7005/ 1925 sayılı kararı, MALKOÇ, 562

51. Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 04.05.2006 tarih ve 6002/3852 sayılı kararı, PARLAR, Ali – HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, c. I, Ankara 2008, sh. 1628.



*verdiği, bu durumda sanığa isnat olunan eylemin gerçekleştiğinin anlaşılması ve atılı suçun ırz ve namusuna tasaddi vasfında bulunup bulunmadığı ile 5237 sayılı TCK'nın hükümlerini de irdelemek sureti ile bu konuda delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi görevinin üst dereceli asliye ceza mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken..."*

Yeni Ceza Kanunu'nda yağma ve hırsızlıkta "malın değerinin az olması" kıstası yer almaktadır. Yargıtay, TCK m. 145 ve 150/2'deki azlık kavramını, "kişinin çok şey alabilecek imkânı varken az şey alması" olarak yorumlamış ve bu hali indirim sebebi kabul etmiştir<sup>52</sup>.

Çevreye karşı suçlarda, TCK m. 181/1'de suçun basit hali düzenlenmiş ve bu maddenin yürürlüğe girmesi ileri bir tarihe ertelenmiştir. Oysa suçun ağır halinin yürürlüğü ertelenmemiş, yürürlükte olarak kabul edilmiş, uygulamada bu doğrultuda kovuşturmalara rastlanmıştır<sup>53</sup>.

Uyuşturucu madde kullanımı ile ilgili olarak, TCK'nin 191. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında uyuşturucu madde kullanıcıları ile ilgili tedavi öngörülmüştür. Yargıtay, bu kişiler hakkında tedavinin öngörülmesi halinde tedavi süresinin belirlenmemesi gerektiğini bir kararında açıklamıştır<sup>54</sup>.

TCK m. 220'de suç işlemek için örgüt kurma suçu düzenlenmiştir. Burada örgütten bahsedebilmek için, amaç, üye sayısı, gereç, amaç suça elverişlilik, hiyerarşi ve disiplin gibi özellikler aranmaktadır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin önem taşıyan kararında, belirtilen unsurlar şu şekilde ortaya konulmaktadır:

*"... Kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan ve yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli niteliği itibariyle devamlılık gösteren ve bünyesinde hiyerarşik bir ilişki bulunan..."*<sup>55</sup>

52. Yargıtay 6.Ceza Dairesi'nin 21.12.2006 tarih ve 6876/ 14786 sayılı kararı, MALKOÇ, 1046

53. Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.12.2006 tarih ve 2006/260 E. ve 2006/653 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır)

54. Yargıtay 10.Ceza Dairesi'nin 19.03.2007 tarih ve 15140/ 3170 sayılı kararı, MALKOÇ, 1301

55. Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 05.03.2007 tarih ve 12179/1710 sayılı karar MALKOÇ, 1567



TCK m. 241’de tefecilik suçu düzenlenmiştir. Yargıtay burada “meslek edinme” kıstasını aramaktadır<sup>56</sup>.

Kredi ve banka kartlarını hukuka aykırı olarak kullanma Yeni TCK m. 245’de düzenlenen yeni suç tiplerindedir. Yargıtay’a göre, kredi kartı sayısı kadar suç oluşmaktadır<sup>57</sup>.

Rüşvet ile ilgili olarak Yeni Türk Ceza Kanunu’nda yeni bir eğilim ve düzenleme bulunmaktadır. Kanunda basit rüşvet suçu düzenlenmemiş, görevinin gereği olan hususu yerine getirmek üzere menfaat temin edilmesi halinde rüşvet suçunun meydana gelmeyeceği, Yeni TCK’nın 257. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçunun söz konusu olacağı kabul edilmiştir.

Ceza Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana en çok tartışılan maddelerden birini 301. madde oluşturmuştur. Madde içerisinde Türklüğün ve Cumhuriyet’in, korunan hukuki yararlar içerisinde unsur olarak belirtilmesi tartışmanın odak noktasını teşkil etmiştir. 3 yıldan bu yana bu maddenin değiştirilmesi yönünde geniş bir kamuoyu hareketi varolmuştur. Çeşitli kuruluşlar maddenin değiştirilmesi yönünde çalışmalarda bulunmuşlardır<sup>58</sup>.

Bunun yanı sıra 301. madde nedeniyle açılan dava sayısının 744 olması<sup>59</sup> ve gazeteci, yazar ve aydınların bu suçtan yargılanmaları tartışmaları ve çalışmaları daha da yoğun bir hale getirmiştir. Maddede yapılan değişiklikle Türklük yerine Türk Milleti, Cumhuriyet yerine Türkiye Cumhuriyeti devletine yer verilmiş, ceza yaptırımının yukarı sınırı indirilmiş, kovuşturma yapılması için Adalet Bakanı’nın iznine bağlı olma biçiminde bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe rağmen madde üzerindeki tartışmalar sonuçlanamayacaktır. Çünkü bu madde, yazımızın başında da belirttiğimiz gibi önceki zamanlarda TCK 159. maddenin yerini alan ve düşünce özgürlüğü ile yakından ilişkili bir maddedir.

56. Yargıtay 7.Ceza Dairesi’nin 21.02.2007 tarih ve 20506/ 1022 sayılı kararı, MALKOÇ, 1663

57. Yargıtay 11.Ceza Dairesi’nin 20.09.2006 tarih ve 5243/ 7374 sayılı kararı, MALKOÇ, 1708.

58. Örneğin Türk Ceza Hukuku Derneği, TCK 301. madde ile ilgili geniş bir rapor yazmış ve bunu siyasi iktidara, kamuoyuna sunmuştur. Bkz. TCK’nın 301. maddesi ile ilgili rapor, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı 1. sh. 189 – 213. Yargıtay 9.Ceza Dairesi’nin 26.12.2005 tarih ve 7865/ 9799 sayılı kararı, MALKOÇ, 2183.

59. <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=511415> (Erişim tarihi,17.06.2008).

Meydana gelebilecek tartışmalar, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 26.12.2005 tarih ve 7865/9799 sayılı kararı ile bir parça hafifleyebilecektir. Çünkü bu kararda aynen şöyle denilmektedir:

*“... her ne kadar 765 sayılı TCK'nın 160/2. maddesinde düzenlenen izin müessesesi şeklen bir usul kuralı olarak görülmekte ise de ; tıpkı şikayet, şikayetten vazgeçme, zamanaşımı, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi dava şartına ilişkin müesseselerde olduğu üzere maddi ceza hukukunda düzenlenmiş bir müessese olup, maddi ceza hukuku ile sıkı sıkıya bağlı, cezayı doğrudan etkileyen bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan dava şartı olan izin müessesesinin 765 sayılı TCK'nın 2, 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesinin öngördüğü lebe yasa uygulaması kapsamına dahil olduğu kuşkusuzdur...”<sup>60</sup>*

Belirtilen karar mevcut TCK 301. maddeye aykırılık davalarının sayısını azaltabileceği gibi gelecek yıllarda bir süzgeç görevini de yapabilecektir. Ancak bunun yargıç ve savcı bağımsızlığı ilkelerine aykırı olduğunu gene de gözden uzak tutmamak gerekecektir.

## SONUÇ

Bu kısa incelememiz Yeni TCK ile ortaya çıkan sorunların ancak bir kısmını irdeleyebilmiştir. Önceki yıllarda varolan ceza uygulaması ile yeni TCK kuralları önümüzdeki yıllarda sürekli olarak ilişkili olacağı gibi çatışmalı durumlar da ortaya çıkacaktır. TCK 301'deki tartışmaların başka maddelerde de oluşmayacağını şimdiden söyleyememek mümkün değildir. Yeni kavramlar yeni uygulama biçimleri yaratacaktır. Türk Ceza Hukuku bu tartışmalar ve çatışmalarla belirli bir yöne doğru ilerleyecektir.

---

60. Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin 26.12.2005 tarih ve 7865/ 9799 sayılı kararı, MALKOÇ, 2183.

---

## Banka ve Kredi Kartlarına İlişkin Sapmalar

---

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat

---

### A. GENEL OLARAK

Suç olayını, toplumun yaşadığı ekonomik ve teknik gelişmelerin dışında görmeye imkan yok. Zaten, suç teşkil eden fiiller, Ceza Hukukuna, Ceza Muhakemesi Hukukuna, kanunlara, hakimlere, savcılara, polise, müdafiiye, hukuk fakültelerine, ceza hukuku hocalarına sebep olmuştur. Suçu ekonomi açısından açıklamaya çalışan yazarlar, özellikle teknik gelişimin karşısında teknokratların kamuoyuna sunduğu yeni ürünler ve bu ürünlerin kamuya tanıtılması için yapılan reklamlar, suç işlemeyi tahrik etmekte, özellikle son yıllarda globalleşen dünyada hemen hemen her ülkede teknik gelişme sonucu aynı tür suçların arttığı görülmektedir.

Kredi kartları pazarına baktığımızda, bu pazarın 2000 yıllarının başından itibaren önemli bir yükselişe geçmiş olduğunu görüyoruz. Özellikle bankaların cankurtaranı diyebileceğimiz gelişme alanı haline gelmiştir. Bankacılık sektöründe müşteri kazanmak için adeta bankalar arası bir yarış başlamıştır. Her yıl kredi kartı kullananların sayısı artarak günümüze kadar gelmiştir. 2001 yılında 13.996.806 olan kredi kartı hamillerinin sayısı, 2004 yılında 26.681.128'dir. Bu sayı 2007 yılı sonunda 37.335.179'a ulaşmıştır. 2008 başı itibariyle 37 Milyon kredi kartı vardır. Böylece 2001-2007 yılları arasında her yıl ortalama %17,8 kredi kartı artışı görülmektedir. 2008 yılında da aynı düzeyde bir büyüme beklenmektedir. Başka bir ifadeyle, 2001 yılı ile 2007 yılı arasında kredi kartları piyasası %166 büyümüştür.

Diğer yandan, banka kartları sayısında da benzer bir artışın var olduğu gözlenmektedir. 2001 yılında 31.656.944 olan banka kartı sayısı, 2007 yılında 55.510.092'ye ulaşmıştır. Bu sayının 2008 yılında da artacağı uzmanlarca ifade edilmektedir. ATM sayısı ise 2001 yılında 12.127 iken, 2007'de %15,5 artış ile 18.800 adede ulaşmıştır.

Kuşkusuz, kredi kartları e-ticareti de tetiklemektedir. Firmalar gün geçtikçe e-ticaret uygulamalarını yoğun bir şekilde gerçekleştirmekte ve bankalar bu hızlı gelişime de katkıda bulunmaktadır. Genel ticaret hacmi içinde VPOS kullanımı sayısındaki artış önemlidir. %100'lerle ifade edilen bu artış karşısında, e-ticaretin ülkemizde gelişmekte olduğunu, insanların buna ilgi duyduğunu vurgulamak zorunludur.

## **B. AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ GELİŞMELER**

Bu kadar hızla gelişen finans sektörüne damgasını vuran bir endüstrinin, devamlı yeni ürünleri topluma sunması, kredi kartı, banka kartı kullanıcı adedi ve imkanlarının artması, bu kartların kullanımını destekleyici, adeta tahrik edici reklamların yapılması, kuşkusuz suç olgusunu da beraberinde getirecektir.

Max Weber'in ileri sürdüğü gibi, "interpretative sociology"nin amaçlarından biri, toplumsal davranışların kişisel seviyede yorumlanmasıdır. Böylece bireysel istekler ortaya çıkar ve bundan sonradır ki, fertlerin hareketleri ve davranışları, yaşadıkları sosyal alan da değerlendirilerek, sosyal olgu anlaşılır<sup>1</sup>. Globalleşen kapitalist dünyada böylesine değişik imkanların topluma sunulması, değişik ve cazip ürünlerin ortaya çıkarılması da suç olayını destekleyecektir. Bu nedenledir ki, banka ve kredi kartlarının yaygın bir şekilde kullanılmasından sonra, dünya üzerinde kredi kartları vasıtasıyla işlenen suçlarda büyük artış görülmüştür. Bu artışlar Ceza Kanunlarında mevcut olan dolandırıcılık, hırsızlık gibi suç tanımlarıyla önlenmeye çalışılmış ise de, pek başarılı olunamamıştır. Avrupa Birliği içinde bu gibi suçların önlenmesi için üye devletler arasında işbirliğine yardımcı olmak amacıyla, Konseyin 28 Mayıs 2001 tarihli ve 200/427/JAI sayılı çerçeve kararı ile "Suçun Önlenmesine Dair Avrupa Ağı" kurulmuştur. (Reseau European Pour la Prevention du Crime) [REPC]

2001 yılında alınan çerçeve kararı, Avrupa Konseyi'nin daha önceki tarihlerde yaptığı çalışmaların bir sonucu olarak alınmıştır.

Konsey, 1996 yılında Stockholm, 1997 yılında Nordwick, 1998 yılında Londra'da yapılan toplantılarda, suçun önlenmesi için Avrupa çapında

---

1. Max Weber The Theory of Social and Economic Organisation, NewYork Free Pres. 1966

bir stratejinin geliştirilmesi için fikir geliştirmişlerdir. Üye devletler, suçun önlenmesi için, karşılıklı bilgi alışverişini öngören bir sistem kurulması konusunda anlaşmışlardır.

Bu çerçeve kararının 14. maddesine dayanılarak “nakit dışı ödeme vasıtaları” ile yapılacak dolandırıcılık ve sahtekarlık suçlarına karşı suç tanımları yapılmış, tüm birlik ülkeleri içinde uygulanabilirliği sağlanmak istenmiştir. Bu çerçeve kararında, konuyla ilgili olarak bazı suç tanımları da verilmiştir.

- (a) Ödeme vasıtalarının çalıntı ya da başka bir yolla kanuna aykırı bir şekilde elde edilmesi;
- (b) Tamamen sahte kredi kartlarının üretilmesi ya da sahil olan kartlar üzerinde tahrifat yapılarak hileli bir şekilde kullanılması;
- (c) Sahte olarak üretilmiş ya da üzerinde tahrifat yapılmış kartların kabul edilmesi, satışı, nakledilmesi, çalıntı bir ödeme vasıtasının 3. kişiler tarafından kullanılmasının sağlanması;
- (d) Sahte ve tahrifat yapılmış ödeme vasıtalarının, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde kullanılması,

suç teşkil eden ve cezalandırılmaları öngörülen eylemler olarak kabul edilmektedir. Bu kararda bilgisayar kullanılmasına bağlı suçlara da yer verilmiştir.

Bu karardan Avrupa Konseyi üye ülkelere Ceza Kanunlarında değişiklik yapılarak bu suçların tanımlarına yer verilmesini tavsiye etmiştir.

### **C. TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER VE BENZER DİĞER HÜKÜMLER**

Yeni Türk Ceza Kanunu yapanlar da, bu tavsiyeden hareket ile Ceza Kanununun 245'inci maddesinde, kredi kartlarıyla ilgili olarak üç fıkradan oluşan, üç ayrı suç tanımı getirmiştir. Hemen belirtelim ki, 245'inci maddenin başlığında “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” denmektedir. Bu tanım yanlıştır. Zaten, Yeni Türk Ceza Kanunu geneli itibarıyla hatalı, karmakarışık bir “code” niteliğindedir. Bu madde başta iki fıkradan oluşurken, daha sonra Meclisdeki görüşmeler sonucu yapılan değişiklik ile dört fıkraya çıkartılmıştır. Dikkat edilecek nokta, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen yeni Ceza Kanu-

nu'nun, yürürlüğe girmesi 01.06.2005'e ertelenmiş, ertelendikten sonra 29.06.2005 tarihinde 5377 sayılı Kanunun 27'nci maddesiyle bu hüküm değiştirilmiştir. Ana kanunda, daha yürürlüğe girmeden değişiklik yapılması, kanunun niteliği hakkında bize bilgi verebilmektedir.

Bu başlığın "Banka ve Kredi Kartları Üzerinde İşlenen Suçlar" şeklinde olması daha doğru olabilir.

245'inci maddenin 1'inci fıkrasını okuduğumuz zaman, bunun mülkiyet aleyhine işlenen bir suç, bir diğer ifade ile "hırsızlık" suçunun bir benzerini oluşturduğunu görmekteyiz. Nitekim, aynı maddenin 4'üncü fıkrasında yer alan hüküm, hırsızlık suçu olmasını kuvvetlendirmektedir. 1'inci fıkrada yer alan suçun, yani hırsızlık suçunun: (a) haklarında ayrılık kararı verilmiş eşlerden birinin, (b) üstsoy veya altsoy veya bu derecede yakın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, (c) aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi halinde, akraba hakkında ceza hükmolunmaz denmektedir. Aynı hükmün eş nitelikteki düzenlemesini TCK'nun 167'inci maddesinde de görmekteyiz. Burada da hırsızlık suçlarından dolayı eş ifadeler kullanılmaktadır.

245'inci maddenin 2'inci fıkrasında ise, banka ve kredi kartları sahteciliği cezalandırılmaktadır. Benzer hüküm, "parada sahtecilik" başlığı altında 197'inci maddede tanımlanmıştır. Burada verilen cezanın 2 yıldan 12 yıla kadar hapis ve 10000 güne kadar adli para cezası olduğu görülmektedir.

245'inci maddenin 3'üncü fıkrasında ise, sahte bir banka veya kredi kartını kullanarak kendisine ya da başkasına yarar sağlamak eylemi de suç olarak öngörülmüştür. Genelde bu eylem, hırsızlık suçu ya da dolandırıcılık suçu ile benzerlik oluşturmaktadır. Nitekim, TCK'nun 245'inci maddesi yasalasmadan önce, Türk hukuk uygulamasında bu suçlar dolandırıcılık ya da hırsızlık suçu olarak nitelendirilmekte idi.

Fransız Ceza Kanunu'nun 441-1'inci maddesi, kredi kartları gibi bilişimin uygulandığı alanlarda sahteciliğin yapılması suç olarak öngörülmüştür. Uygulamada 1988 yılında yapılmış olan bu değişikliğin yeterli olmaması karşısında, bilişim suçları olarak Ceza Kanunu'nun 323-1-3 maddesi düzenlenerek, bilgisayar sistemine kanunsuz girişlerin cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 148'inci maddesi, mala karşı işlenen suçlar arasında, emniyeti suistimal ve dolandırıcılık suçunun hemen arkasından, 147'inci maddede kredi kartlarıyla işlenen dolandırıcılık suçlarını özel bir suç türü olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

#### **D. TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN BİLİŞİM SUÇLARI İLE İLGİLİ HÜKÜMLER**

Türk Ceza Kanunu'nu incelediğimizde, bilişim suçlarının Ceza Kanunu'nun muhtelif maddelerinde yer aldığını görmekteyiz. Bazen suçun unsuru, bazen suçun ağırlaştırılmış sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Örnek olarak, hırsızlık suçunu verebiliriz. Kanunun 142'inci maddesinde, “nitelikli hırsızlık” başlığı altında, 2'inci fıkranın (e) bendinde, hırsızlık suçunun “bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle” işlenmesi halinde, fail hakkında, 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasına hükmolunur denmektedir. Maddenin gerekçesinde, “hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi, daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektiren bir nitelikli unsur oluşturmaktadır.” denmektedir.

Benzer bir hüküm, dolandırıcılık suçu ile ilgili olarak yer almaktadır. Kanunun 157'nci maddesinde, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatarak menfaat elde etmeyi dolandırıcılık suçu olarak tanımlandıktan sonra, 158'inci maddesinde “nitelikli dolandırıcılık” başlığı altında 1'inci maddenin (f) bendinde “bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması” şeklinde işlenen dolandırıcılık eylemleri 2 yıldan 7 yıla kadar hapis ve 5000 güne kadar adli para cezasıyla karşılanacağı öngörülmüştür. 158'inci maddenin gerekçesinde, bu hususla ilgili olarak, “Dolandırıcılık suçunun, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi de, birinci fıkranın (f) bendinde bu suçun bir nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Bilişim sistemlerinin ya da birer güven kurumu olan banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması, dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından önemli bir kolaylık sağlamaktadır. Banka ve kredi kurumları açısından dikkat edilmesi gereken husus, bu kurumları temsilen, bu kurumlar adına hareket eden kişilerin başkalarını kolaylıkla aldatabilmeleridir.” denmektedir.

Gariptir ki, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 157'nci maddesinde de, 244'üncü maddeye yollama yapılan bir hüküm bulunmaktadır. Hü-

kümde aynen “Bu Kanuna tabi kuruluşlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 244’üncü maddesinde tanımlanan sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu açısından banka veya kredi kurumu olarak kabul edilir.” yer almaktadır. Gerçekte, Bankacılık Kanunu tasarısının 154’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında, Türk Ceza Kanunu’nun 244’üncü maddesinde yer alan suç tanımı tekrarlanmakta idi. Ancak, öngörülen cezalar arasında fark bulunmaktaydı. Doktrinde bu konu, şiddetle tenkit edilmiş olduğundan, Bankacılık Kanunu’nda tasarının 154’üncü maddesi kaldırılarak, 157’nci maddesi haline getirilmiş ve yukarıda belirtmiş olduğumuz garip bir hüküm konmuştur.

Gerçekte, Türk Ceza Kanunu’nun 245’inci maddesinde yer alan suçları, aynı kanunun 243 ve 244’üncü maddesinde yer alan suçlarla birlikte değerlendirmenin yerinde olacağı düşüncesindeyim. Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 5237 sayılı TCK’nun yürürlüğe girmesinden önce vermiş olduğu (11.04.2000 tarih, 2000/6-62 E., 2000/72 K.) sayılı kararı ile, “Sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın üç farklı şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlaması eylemi, Türk Ceza Kanununun 493/2’inci madde ve 2’inci fıkrasındaki suçu değil, aynı Yasanın 525/b-2’nci madde ve (I) fıkrasında düzenlenen, bilgilerini otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturur.” demiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararından sonra, Yargıtay Ceza Dairelerinin TCK’nun yürürlüğe girmesine kadar aynı yönde içtihatları bulunmaktadır. Söz gelimi, Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 31.01.2003 tarihinde vermiş olduğu kararında, (2001/15823 E., 2002/883 K.) “Sanığın sahate olarak oluşturulan banka kredi kartlarına yabancı ülke banka kredi kartı sahibi kişilere ait bilgileri, bilişim sisteminde yer alan program ve verilerden yararlanarak zarar vermek ve haksız çıkar sağlamak için nakletme eyleminin bir bütün olarak TCK’nun 525/a-2 ve 80. maddelerine uygun zincirleme tek suç oluşturduğu gözetilmelidir.” denmektedir.

Buna karşılık, yine Yargıtay 11. Ceza Dairesi, daha sonra verdiği 26.04.2006 tarihli kararında, (2006/1856 E., 2006/3468 K.) “Ele geçirilen başkasına ait kredi kartı ve şifresinin boş kartlara yazılıp ikizi üretilerek kopyalanması girişimi, kopyalama yapamadan yakalanan sanıkların eyleminin suç tarihine göre 5237 sayılı TCK’nun 158/f maddesinde tanımlanan suçu oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekir” demiştir.



Bununa beraber, Yargıtay 5377 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra vermiş olduğu kararlarda, eylemin dolandırıcılık suçunu teşkil etmeyeceği ve “kredi kartını kötüye kullanma” suçunu oluşturduğuna dair kararları yerleşmiştir. Yargıtay 11 Ceza Dairesi'nin 30.10.2006 tarihli kararında (2006/5208 E., 2006/3493 K.), “Sahte ve kopyalanmış kredi kartı ile dolandırıcılık suçlarından yargılanan sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde, sahte olarak adlarına oluşturulmuş kredi kartlarını kullanmaları dolandırıcılık suçunu değil, 5237 sayılı TCK'nın 245/3. maddesinde düzenlenen kredi kartını kötüye kullanma suçunu oluşturur.” denmektedir.

244'üncü madde, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme ve değiştirme fiillerini yasaklamakta, 243'üncü maddesi de, bilişim sistemine haksız bir şekilde girmek, sistemin içeriğini yok etmek ve değiştirmek fiillerini ceza yaptırımı ile karşılamaktadır. Maddede “bir bileşim sisteminin işleyişi”, “bir bileşim sistemindeki veriler” olmak üzere ikiye ayrıldığını ve iki ayrı suç konusu tespit edildiğini görmekteyiz. 1'inci fıkrada, yani bir bileşim sisteminin işleyişini engellemek bilgisayar programı ile ilgili olup (software), bunun korunması öngörülmektedir. Makinenin işleyişini (hardware) engellemek, bozmak ise TCK 151'inci maddesindeki mala zarar vermek suçu ile karşılanacağı belirtilmektedir. Bu suçun ağırlatıcı sebebi ise, maddenin 4'üncü fıkrasında yer almıştır. Bu fıkra ile, yukarıda bilişim sisteminin işleyişini engellemek ve bozmak ile bileşim sistemindeki verileri bozma, yok etme ve değiştirme fiillerini işlemek suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanması ağırlatıcı bir sebep olarak öngörülmüştür. Burada, madde metninden ortaya çıkan, kanunlar ihtilafını halleden bir cümle de yer almaktadır. Cezanın arttırılması için, yapılan eylemin “daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması” gerekir. Başka bir ifade ile, eylemin dolandırıcılık ya da hırsızlık ya da güveni kötüye kullanma ya da zimmet suçunu oluşturması halinde, bu maddeden dolayı kişi cezalandırılmalıdır.

#### **E. BANKA VE KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU (TCK 245. Maddesi)**

245'inci maddede yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması tabiri yanlış olarak karşımıza çıkmaktadır. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, gerçekte bu

kartı kullanan kişilerin kendilerine verilen kartı suistimal etmeleri demektir. Buna karşılık maddede üç ayrı suç tanımı yer almaktadır. Hırsızlık, Sahtecilik ve Dolandırıcılık suçlarının özel bir türü tanımlanmaktadır.

### **I. Hırsızlık Suçu:**

245'inci maddenin 1'inci fıkrasında, “Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” denmektedir. Yukarıdaki metinden anlaşılacağı gibi, banka kartının veya kredi kartının, kendine tahsis edilen elinden çıkması durumunda, kartın kullanılması ve kullanan kişinin kendisine veya başkasına menfaat temin etmesidir. Fıkradaki en önemli unsur, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızasının bulunmamasıdır. Kart sahibinin rızası olması halinde, bu suçun teşekkül ettiği söylenemez.

Bu suça benzer bir suç, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “gerçeğe aykırı beyanda bulunmak” suçunu oluşturacağını düşünmek gerekir. 37'nci maddede, banka kartı veya kredi kartını kaybettiğini ya da çaldırıldığını beyan eden kart hamili, bu beyanın gerçeğe aykırı olması halinde cezalandırılmaktadır. Kanun, gerçeğe aykırı beyanda bulunan kart sahibinin cezalandırılabilmesi için, bu kartın bizzat kendisi tarafından ya da başkası tarafından kullandırılması, suçun oluşabilmesi için zorunludur. Kanun koyucu burada özel bir kast aramıştır. Söz konusu kredi kartlarını kullanan veya kullandırılan kişilerin bu kartlar hakkında gerçeğe aykırı olarak kaybedildiğinin veya çaldırıldığının bilmesi ve buna rağmen kartı kullanmaları şartı aranmaktadır.

Bilindiği gibi, söz konusu Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 16'ıncı maddesi, kart sahibinin, kartın kaybolması, çalınması veya iradesi dışında elinden çıkması halinde, kartı çıkartan finans kuruluşuna durumu derhal bildirmesi bir zorunluluktur. Bu bildirim, özel hukuk açısından sonuçlar doğurur. Bu maddede yer alan suça göre, kartı kaybettiğini veya çaldırıldığını bildiren kişi, buna rağmen kartı kullanır veya kullandırır, ceza hukuku açısından sorumluluğu ortaya çıkar. Ka-

nunda bu eylemin karşılığı olarak, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Bu suçun faili gerçekte banka kartı veya kredi kartının lehine çıkartılan kişidir. Kart hamilidir. Dolayısıyla, 245'inci maddede yer alan suçtan farklı bir hal ortaya çıkar.

Suçun maddi unsuruna bakıldığında, sahibinin rızası olmaksızın ele geçirilen banka ya da kredi kartının kullanılmasıdır. Hatırlanacağı gibi, bu "rıza", hırsızlık suçunu düzenleyen hükmün de temel unsurudur. Nitekim, TCK'nun 141'inci maddesine baktığımızda, benzer bir tanımlamanın orada da bulunduğu görülmektedir: "Zilyedinin rızası olmadan, başkasına ait taşınabilir bir malı kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almak" eylemi suç olarak tanımlanmıştır. İncelediğimiz suçta da, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın, kartın kullanılmasıdır. Kanun koyucu burada, hırsızlık suçunun tarifinden bir nebze ayrılarak, "her ne surette eline geçirirse geçirsin" demek suretiyle, kartın çalınması, bir üçüncü şahıs tarafından verilmesi, kartın kart hamiline geçmeden ele geçirilmesi arasında bir ayırım yapmamış, ve eylemi cezalandırmıştır. Belirtelim ki, maddenin gerekçesinde belirtilen "işte bu kartların kötüye kullanılmaları söz konusu maddede suç olarak tanımlanmıştır" ifadelerine katılmak mümkün değildir. Hırsızlık suçu hiçbir zaman kötüye kullanılmak olarak tanımlanamaz.

Cezalandırılan bu fiilin tanımında, kendisine veya başkasına yarar sağlamak öngörülmüştür. 141'inci maddede de hırsızlık suçunu tanımlarken, "kendisine ve başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla" demek suretiyle, neticede amacın bir yarar sağlamak olduğu açıktır. Ancak, iki suç tanımı arasında küçük bir farkın bulunduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Kullanılmadığı takdirde, 245'inci maddenin 1'inci fıkrasında yer alan suç oluşmayacaktır, bununla beraber, kartın çalınmış olması hırsızlık suçunun oluştuğunu söylemek mümkün olur. Nitekim, doktrinde Donay bu görüştedir. Bu suçun oluşabilmesi için, mağdurun aleyhine, kullananın lehine veya kullandırılanın lehine bir yarar sağlanmış olması icap eder.

### **Suçun mağduru:**

Suçun mağduru, madde metninden ve gerekçesinden anlaşıldığı gibi, banka veya kredi kartının tahsis edildiği kişi olarak görülmektedir. Nite-

kim, maddenin 4'üncü fıkrasında yer alan cezasızlık hallerine baktığımızda, bir tür hırsızlık suçu benzeri olarak öngörülen bu suçun işlenmesi, akrabalar arasındaki kişilerin ya da aynı çatı altında yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, faile ceza verilmeyeceği öngörülmektedir.

#### **Suçun faili:**

Bu suçun faili herkes olabilir. Bir banka veya kredi kurumunda çalışan kişiler bu fiilin faili olabilecektir. Diğer yandan, tüzel kişilerin dahi, –her ne kadar tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olmadığı belirtilmiş ise de–, bu suçların işlenmesinden dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanabileceği 246'ıncı maddede belirtilmiştir. Madde gerekçesinde, “bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle, yararına (lehine) haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.” denmektedir. Bundan anlaşılacağı üzere, tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişileri olup, banka, anonim şirket, diğer finans kuruluşları da olabilir.

#### **Ceza:**

Bu eylemleri yapan kimseye verilecek ceza “3 yıldan 6 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası” olarak öngörülmüştür. Bileşim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenen hırsızlık suçunda ise, TCK 142'inci maddede 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmektedir.

## **II. Banka ve Kredi Kartlarında Sahtecilik:**

245'inci maddenin 2'inci fıkrasında, banka ve kredi kartı sahteciliği eylemi cezalandırılmaktadır. Bu fıkra, TCK'nun tasarısında ve kanunlaşan metninde yer almamaktaydı. Daha sonra çıkartılan 5377 sayılı Kanun ile bu maddenin eksik olarak yapıldığı fark edilmiş ve maddeye dahil edilmiştir. Suçun maddi unsuru, sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek eylemleri oluşturmaktadır. Tabii, gene madde metninden açıkça anlaşıldığı gibi, sahte banka veya kredi kartlarının başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilmesi zorunludur. Tarif edilen bu sahtecilik fiili, kamu güvenine karşı suçlar bölümünde yer alan “parada sahtecilik” suçunun özel bir düzenlemesidir. TCK 197'nci maddede “sahtecilik” suçu tanımlanarak, pa-

ra, milli ya da yabancı para olması aranmıştır. TCK 245'inci maddenin 2'nci fıkrasında ise, nakdi ödeme vasıtaları dışında kalan banka veya kredi kartı sahteciliğinden söz edilmiştir.

Söz konusu suçun maddi unsuruna baktığımızda, bu suçun seçimlik bir suç olarak düzenlendiğini görürüz. Böylece, kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek eylemlerinden herhangi birinin yapılması halinde, suç oluşacaktır. Sahte bir kredi kartından ya da banka kartından söz edebilmek için, üretilen kartların sahteliğinin anlaşılabilir olmaması gerekir. Tabii, bu husus da, kuşkusuz üretilen sahte kartın kullanılmasıyla ortaya çıkacaktır.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37'inci maddesinin 2'nci fıkrasında da bir başka sahtecilik suçu yer almaktadır. "Kredi kartı veya işyeri sözleşmesine veya eki belgelerde sahtecilik yapmak veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz etmek" suç olarak öngörülmüş, karşılığında da 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasına yer verilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, burada yapılan sahtecilik eyleminin kredi kartında olmadığı, ancak işyeri sözleşmesinde veya eki belgelerde yapılan sahteciliğin söz konusu olduğu, kredi kartı üzerinde yapılan sahteciliğin bu maddeye göre değil, TCK'nun 245'inci maddesine göre cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>2</sup>.

Madde metnini okuduğumuzda, böyle bir ayırımın yapıldığı tespit edilememektedir. Kanun metni gayet açıktır. Kredi kartı veya işyeri sözleşmesinde veya eki belgeler üzerinde yapılan sahtecilikten söz edilmektedir. Bu nedenledir ki, kredi kartı da sahtecilik eyleminin konusu olarak kabul edilir. Esasında, doktrinde Donay'ın varmış olduğu sonuç, kabul edilebilir nitelikte görülebilir. Ancak, kanun koyucu yanlış ifade etmek suretiyle, kredi kartı üzerinde sahtecilik yapılmasını da öngörmüştür. TCK'nun 207'nci maddesinde benzer bir hüküm mevcuttur: Özel evrakta sahtecilik. Bu maddede de "*Bir özel belgeyi sahte olarak düzenlemek veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek ve kullanmak*" suç olarak öngörülmüştür. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan suç da, suç konusu özel belge, Banka ve Kredi Kartı veya işyeri sözleşmesi, ya da ek olarak verilen belgelerdir. 37'nci maddenin 1'inci fıkrası

---

2. DONAY Süheyl, Bankacılık Ceza Hukuku, İstanbul 2007, Syf. 173

sında ise, gerçek dışı beyanda bulunmak cezalandırılmaktadır; Kişi kendi beyanı ile sahte bir kredi kartının düzenlenmesine sebep olan belgelerde sahtecilik yapabilir. Bu cezalandırılan bir eylemdir. Kişi, kendi beyanı ile sahte bir işyeri sözleşmesi ya da kredi kartı yapılmasına gerçek dışı beyanda bulunarak sebep olma hakkına sahip bulunmamaktadır.

#### **Suçun mağduru:**

Bu suçun iki mağduru vardır. Birincisi kredi kartının bağlı bulunduğu banka hesabının sahibidir. İkinci mağdur ise, banka veya kredi kartı ürününü ortaya koyan finans kurumudur.

#### **Suçun faili:**

Suçun faili herkes olabilir. Finans kurumu çalışanları da bu suçun faili olarak ortaya çıkabilirler. Müşterilerin banka hesaplarına ait bilgilerin sahte banka veya kredi kartı üretenlere verilmesi halinde, bu suça iştirak olacaktır. Bu suçları doğrudan işleyen başkalarını bu suçların işlenmesine teşvik veya azmettiren kişi, bir tüzel kişi temsilcisi, karar alan üst düzey yöneticisi ya da tüzel kişi içinde kontrol görevini yüklenmiş ve mensup olduğu tüzel kişinin yararına bu eylemleri gerçekleştirdiği hallerde, tüzel kişinin güvenlik tedbiri sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Avrupa Birliğini oluşturan üye devletlerin bazılarında, hukuk sistemlerinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu yer almamaktadır. Buna örnek olarak, Türk Hukuk Sistemini gösterebiliriz. Bu nedenle, bahsettiğimiz Avrupa Konseyi çerçevesinde toplanan komisyonun vermiş olduğu kararın 8'inci maddesi, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bakımından üye devletleri tamamen serbest bırakmış, ancak en azından bir tedbir sorumluluğunun bulunmasını istemiştir.

Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 39'uncu maddesi de, bilgileri dışarıya sızdıran finans kurumları çalışanlarının bu konudaki cezai sorumluluklarını öne çıkartan bir hüküm getirmiştir.

“Bilgi güvenliği yükümlülüğüne aykırı davranılması” başlığı altında düzenlenen bu hükümde, kredi kartlarında müşterilere ait bilgilerin saklanması öngören 23'üncü maddeye aykırı hareket eden finans kuruluşu mensuplarının da, bu suçun faili olabileceği öngörülmüştür. Madde'nin 1'inci fıkrasında aynen şöyle denmektedir: “Bu Kanun'un 8'inci maddesinin 5'inci fıkrası ve 23'üncü maddesi hükümlerine kasten aykırı

hareket eden kuruluşlar, üye işyerleri ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların işlerini fiilen yöneten görevlileri ve işlemi yapan kişiler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.” 1’inci fıkrada yer alan bu suç, kasten işlenen bir suç türüdür. 39’uncu maddenin 2’nci fıkrasında ise, “bu eylemin taksir ile işlenmesinin cezalandırıldığı öngörülmektedir. Bu maddeye göre, dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte yetersizlik veya emir ve kurallara aykırılık nedeniyle, gizli kalması gereken bilgilerin açığa çıkartılmasına neden olma halinde, kart çıkaran kuruluşlar, üye işyerleri ve üye işyerleri anlaşması yapan kuruluşların işlerini fiilen yöneten görevli ve ilgili mensuplarının, bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı” belirtilmektedir.

39’uncu maddede yer alan her iki suç türü de, banka veya kredi kartının kötüye kullanılmasının, başkalarının menfaatine kullanılmasını engellemek amacıyla yapılmıştır. Gerçekte bu suç, Türk Ceza Kanunu’nun 245’inci maddesindeki başlığın altında düzenlenmesi gereken suç türleridir. Kart çıkaran kuruluşlar, sahip olduğu bilgilerin üçüncü şahıslara ulaşmaması için gerekli önlemleri almak mecburiyetindedirler. Üye işyerleri de kart bilgilerini satamazlar, satın da alamazlar.

8 Mayıs 2008 tarihinde Türkiye’de ve dünyada yayınlanan gazete ve internet sitelerinde, şöyle bir haber yer almakta idi. “ABD’de kredi kartı işlemi yapan bir şirketin güvenlik sisteminin delinmesi sonucu 40 milyon müşteriye ait bilgiler çalındı. MasterCard International, bankalar ve şirketler için hesap nakli yapan Arizona’daki CardSystems Solutions isimli şirketin güvenlik sisteminin delindiğini ve 40 milyon kişinin kredi kartı bilgisinin çalındığını açıkladı. MasterCard bu kartların 13.8 milyonunun kendilerine ait olduğunu belirtti. Bu olayın bugüne kadarki en büyük mali bilgi hırsızlığı olduğu belirtiliyor.” Bu bilgilerin 1037’si Türkiye’den olmak üzere 5388 günlük kütüğünden (log file) oluştuğu, bunların içinde şirket personel dosyaları, sigorta bilgileri, sosyal güvenlik numaraları, tıbbi kayıtlar, kredi kartı detayları, gizli şirket e-postaları bulunduğu belirtilmektedir.

Tabiidir ki, bütün bilgilerin alıcıları mevcuttur. Bu alıcılar da sahte kredi kartı yapmak üzere hazır beklemekte dirler.

39’uncu maddenin son fıkrası sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmeyi bir yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ve bin güne kadar adli

para cezası ile cezalandırmaktadır. Suçun maddi unsuru, aynı kanunun 31'inci maddesinde öngörülmüştür.

“Kurul üyeleri ile Kurum personeli, görevleri sırasında öğrendikleri bu Kanun kapsamındaki kuruluşlara, kart hamillerine ve kefillere ait sırları Kanunen açıkça yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendi yararlarına kullanamazlar.”

Bu suç “mahsus” suçtur. Bu suçun failleri kurul üyeleri ve kurum personelidir. Kurul, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, kurum da, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumudur. Dolayısıyla Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyeleri ve Kurum personelleri bu suçun faili olabilirler. 2'inci fıkrada ise, daha geniş kapsamlı bir sırrın açıklanması eyleminin cezalandırıldığı görülmektedir.

“Kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, 29'uncu maddede yer alan kuruluşlar ile üye işyerleri, bunların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları Kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Kart çıkaran kuruluşların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanları hakkında da bu hüküm uygulanır.”

#### **Yaptırım:**

245'inci maddenin 2'inci fıkrasında öngörülmüş bulunan sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma veya kabul etme eylemleri karşılığında, 3 yıldan 7 yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacağı hususu yer almaktadır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, tüzel kişilere sadece uygun güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

### **III. Sahte düzenlenmiş olan Banka veya Kredi kartı kullanmak suçu (Kredi kartı ile dolandırıcılık):**

Bu suçun kanuni unsuru, 245'inci maddenin 3'üncü fıkrasında öngörülmüştür. Oluşturulmuş sahte bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle, kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişilerin, 4 yıldan 8 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.



Suçun maddi unsuru, sahte kredi veya banka kartını kullanmaktır. Kullanmak fiilinin kasten yapılması icap eder. Bu suç, taksirle işlenemez. Suç, kullanmak fiilinin icrası ile teşekkül eder. Kullanmanın sonucunda, kullanan kişinin lehine veya başkasının lehine bir menfaat sağlanması icap eder. Kartın birçok kereler kullanılması, her bir kredi kartı kullanımı için teselsül eden ayrı suçları oluşturur. Nitekim, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 20.09.2006 tarihli (2006/5245 E., 2006/7374 K.) kararında, “Hukuka aykırı kullanılarak banka kartı veya kredi kartı sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek amacıyla 5237 sayılı Kanun’da düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu hükmün, düzenleme amacı ve düzenleniş biçimi ile korunan hukuki menfaat gözetildiğinde kart sayısınca oluşur.” denmektedir. Burada müteselsil suç hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak, aynı Yüksek Mahkeme, Yargıtay 11. Ceza Dairesi bu karardan 10 gün sonra verdiği bir başka kararında (30.10.2006 tarih, 2006/5208 E., 2006/3493 K.), “Sahte ve kopyalanmış kredi kartı ile dolandırıcılık suçlarından yargılanan sanıkların, fikir ve eylem birliği içerisinde, sahte olarak adlarına oluşturulmuş kredi kartlarını kullanmaları dolandırıcılık suçunu değil, 5237 sayılı TCK’nun 245/3. maddesinde düzenlenen kredi kartını kötüye kullanma suçunu oluşturur. Yapılan alışveriş sayısı kadar değil, haksız kullanılan kart sayısı kadar suç oluşur. Kartlardan birinin iki kez kullanıldığı anlaşıldığından, 5237 sayılı TCK’nun 43. maddesi uyarınca zincirleme suç söz konusu olur.” denmektedir. Dolayısıyla, yapılan alış-veriş sayısınca değil, kart sayısı kadar suç oluşacaktır.

Bu suçun dolandırıcılık suçundan farklı olduğunu, ancak uygulamada bu konuda kesin bir içtihat birliği bulunmadığını belirtmek gerekir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin, 25.06.2007 tarihli (2007/2168 E., 2007/4372 K.) kararında “Bilişim sistemindeki verileri değiştirmek suretiyle haksız menfaat elde edilmesi suçunun sanık tarafından EFT şikayetçi şirketin hesabından sahte olduğu hesaba intikali anında tamamlandığı gözetilmeyerek eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.” denmektedir.

Bu karar metninden anlaşıldığı üzere, Yüksek Mahkeme, bilişim sistemindeki verileri değiştirmek suretiyle banka hesaplarında değişiklik yapılmak suretiyle menfaat elde edilmesini dolandırıcılık suçu olarak

kabul etmiş ve TCK 204'üncü maddeden dolayı cezalandırılmış olmasını yerinde görmüş, kararı onamıştır. Buna karşılık, Yargıtay 11. Ceza Dairesi 22.01.2008 tarihinde vermiş olduğu (2007/8423 E., 2008/117 K.) kararında aynen “Sanığın, katılan MS'nin kimlik bilgilerine göre düzenlenip kendi fotoğrafı yapıştırılmış ele geçirilemeyen sahte nüfus cüzdanını kullanarak katılan A Bank A.Ş.'nin Y... Şubesinde hesap açtırarak diğer katılan MÇ'nin bankada bulunan para hesabındaki var olan verileri (bilgileri) sahte kimlikle açtırdığı hesaba internet yoluyla havale edip hesap cüzdanı ibraz ederek banka şubesinden çektiğinin iddia ve kabul olunması karşısında; eylemin, paranın sanığın açtırdığı hesaba intikaline kadar katılan MÇ'ye yöneltilmiş hile bulunmaması ve tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirilmesi nedeniyle 5237 SY TCK'nun 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, vasıflandırmada yanılığa düşülerek unsurları oluşmayan banka aracı kılınmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Kararlar arasındaki bu çelişkinin Yüksek Mahkeme tarafından giderilmesi zorunludur.

Bu maddeye, kanunlar ihtilafını halleden bir cümle de ilave edilmiştir. Bu cümle, “Fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” şeklindedir. Dolayısıyla, bu fıkrada yer alan cezaya hükmedebilmek için, fiilin daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması icap eder.

Türk Ceza Kanunu'nun 245'inci maddesinin 1 ve 2'inci fıkralarında yer alan suçla ilgili olarak, gerekçesinde, “aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratiolegislerinin tümünü de içeren bu fiillerin duraksamaları ve içtihat farklarını önlemek amacıyla bağımsız suç haline getirilmeleri uygun görülmüştür” denmesine rağmen, ileride çıkabilecek normlar çatışmasını halledecek bir hüküm de maddeye ilave etmekten kaçınmamışlardır.

### **Yaptırım:**

Yukarıda temas etmiş olduğumuz sahte banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle menfaat elde etmek fiilinin karşılığında, 4 yıldan 8 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

Kanunda yer alan adli para cezası, ilke olarak hapis cezası ile birlikte değil, hapis cezasına alternatif bir ceza olarak uygulanacağı kanununun ge-

rekçesinde belirtilmiş olmasına rağmen, ekonomik kazanç elde etmek amacının güdüldüğü belli suçlarda, kanun koyucu tarafından ayrıca gösterilmesi şartıyla, hapis cezası ile birlikte hükmedileceği ifade edilmektedir. Yine gerekçeye göre, adli para cezasına hükmedilecek hallerde, yargı makamı, suç karşılığı olarak kanundaki sınırlar arasında gün sayısını saptayacaktır ve toplam gün sayısı tespit edildikten sonra, failin cezasının şahsileştirilmesindeki ölçüler esas alınarak bir karara varılacaktır. Söz gelimi, yüz gün sayı olarak tespit edilecek, daha sonra da kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önüne alınarak, bir gün için belli bir miktar para saptanacaktır. Tabiidir ki, bu kişinin mal varlığını, bir günde kazandığı veya kazanması gereken gelir, ölçü olarak alınacak ve değerlendirilecektir. TCK 52'nci maddenin 2'nci fıkrasında, tespit edilecek olan para cezasının gün olarak en az 20, en fazla 100 TL olabileceği de belirtilmiştir.

Bu tespit edilen para cezası, ödenmemesi halinde, hapse çevrileceği de hükümde ayrıca belirtilmesi, anılan maddenin 9'uncu fıkraya uyarınca zorunludur. Karar makamı, adli para cezasının hükmün ödenmesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği ya da iki yıl içinde belirli taksitlerle ödenmesine karar verebilir. Taksit miktarı dörtten az olamayacaktır.

#### **IV. Türk Ceza Kanunu'nun 245'inci maddesinde eksik olduğunu düşündüğünüz suçlar:**

Her ne kadar, TCK'nun 245'inci maddesinin gerekçesinde, "Banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla kaleme alınmıştır. Banka kartı, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlamaktadır. Bu kart, saptanan ve kart sahibince bilinen bir numara marifetiyle, banka görevlisinin yardımı olmadan, kart sahibinin kendi hesabından para çekmesini sağlamaktadır." demek suretiyle, kendiliğinden bu düzenlemelere gittiklerini ifade edilmiş ise de, yapılan düzenleme, "Suçun Önlenmesine Dair Avrupa Ağı Kurulmasına Dair Çerçeve Kararı"nın 14'üncü maddesi hükmüne dayanarak "nakit dışında kalan ödeme vasıtaları sahtekarlığı ve dolandırıcılık ile mücadele" etmek üzere kurulan komisyonun kararlarında yer alan tanımlara uygundur. Bununla beraber, Türk Ceza Kanunu'nda bir konu eksik bırakılmıştır. Bu

da sahte olarak üretilen banka ve kredi kartlarının yapımında kullanılan özel olarak yapılmış araçlarla ilgilidir. Bu suçların işlenmesi için her türlü alet ve programın veya diğer bir tür özel olarak yapılan araçların bilişim sistemini kullanarak işlenen suçlardaki yazılımları üretmek, almak, satmak ya da üçüncü şahısların kullanımına bırakmak suç teşkil eden eylemler olarak ön görülmektedir.

Bunu yasaklayan bir hüküm TCK'da bulunmamakla birlikte, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunla değişik 72'inci maddesinde, "Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

Eğer banka ve kredi kartlarının içeriğinde "logical", bir yazılım mevcut ise, yapımı, yazılımlarının kopya edilmesi, özel alet kullanılması, bilgisayar verilerinin değiştirilmesi olarak kabul edilebilirse, bu hüküm uyarınca, aletlerin bulundurulması ayrıca suç teşkil edeceği düşünülmelidir. Ancak bu hüküm, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan bir hükümdür. Bilgisayar programlarını korumak amacıyla yapılmıştır. Aynı kanunun 76'ncı maddesine göre, ihtisas mahkemelerinde muhakemenin yapılması icap eder. Bu yolda bir hükmün TCK'nun 245'inci maddesine de ilave edilmesi bir zorunluluktur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.04.2000 tarihli, 2000/6-62 E., 2000/72 K., sayılı kararında, bir bilirkişi raporuna atıf yapılarak, "Bir faaliyetin bilişim faaliyeti olup olmadığını tarif edebilmek için o faaliyetin bilgisayar sistemine dayalı olup olmadığına bakmak gerekir. Daha açık bir ifadeyle şu sorunun cevabının verilmesi gerekir. Faaliyet bilgisayar sistemiyle mi temellenmektedir, yoksa bilgisayar o faaliyetin gerçekleşmesinde yardımcı bir unsur olarak mı kullanılmaktadır? Bankaların ATM uygulaması bilgisayar sistemiyle temellendiği için bir bilişim faaliyetidir, zira bu sistem herhangi bir nedenle çöktüğünde bu faaliyette asla gerçekleştirilemez" şeklinde görüş açıklanmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu netice olarak, banka ATM makinesinden başkasının kartıyla para çekmeyi bilişim suçu olarak kabul etmiştir.

## F. USUL HÜKÜMLERİ

Türk Ceza Kanunu'nun "Bilişim Alanındaki Suçlar" bölümünde yer alan suçların yargılanmasında görevli mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesi olmaktadır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 10.11.2005 tarihli (2003/18552 E., 2005/9931 K.) kararında, "765 sayılı TCK'nun 525/b-2. (5237 sayılı TCK'nun 244) maddesine uyan suçlara ilişkin davaya bakmak, kanıtları değerlendirmek ve karar vermek görevi Asliye Ceza Mahkemesine aittir." denmektedir.

Ancak, eylemin dolandırıcılık olarak nitelendirilmesi halinde, suça bakma görevinin Ağır Ceza Mahkemesi'ne ait olduğu, Yargıtay kararlarında ortaya çıkmaktadır. Bu meyanda Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 26.04.2006 tarihli (2006/1856 E., 2006/3468 K.) kararında "5237 sayılı TCK'nin 5377 sayılı Yasa ile değişik 245/2. maddesinin de suç tarihinden sonra yürürlüğe girdiğinin anlaşılması karşısında, yüklenen eylemlerinin yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nun 158/f maddesinde tanımlanan suçu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin tartışılması gerekli olup, bu suça bakmak görevinin de üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerekir." denmektedir.

Ağır Ceza Mahkemelerinin görevli olmaları hususu, 245'inci maddenin yürürlüğe girmesinden sonra da ortadan kalkmış bulunmaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, genelde kredi kartlarının 245'inci maddede yer alan eyleme uygun olarak yapılmasında birden fazla failin rol oynadığına rastlanmaktadır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2008 yılına ait (2007/8458 E. 2008/915) kararında, "5237 sayılı TCK'nun 220. maddesinde tanımlanan 'örgütün' varlığının kabul edilebilmesi için hiyerarşik ilişki içinde olan en az üç kişiden teşekkül etmesi, örgütün yapısının sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin bulunması ve niteliği itibarıyla 'devamlılık' göstermesi gerekir. Somut olayda, arızı olarak bir araya gelen sanıklar arasında 'hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradesinde devamlılık' saptanamamış olması karşısında 220'nci maddedeki örgüt unsurunun oluşmadığına karar vermiştir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, en az üç kişinin bilişim suçlarından birini işlemesi halinde çete olabilmeleri için, bu amaçla bir araya gelmeleri ve devamlı olarak bu işi yapmaları ve hiyerarşik bir yapının oluşturulması gerekmektedir.

## G. SONUÇ

Banka Kartları ve kredi kartları vasıtasıyla işlenen suçlar, kuşkusuz ekonomik nitelikteki suçlardır. Kanun koyucu, tüm dünyada bu eylemler karşılığında ceza yaptırımını getirmek suretiyle, ülkenin ekonomik düzenini korumayı amaçlamıştır.

Ancak ekonomik düzenin korunması yalnızca ceza yaptırımlarına başvurmak, ceza kanunlarına yeni suç tanımları eklemekle çözülebilecek bir yöntem değildir. Toplumda makro düzeyde ekonomik dengenin sağlanması gerekir. Özellikle içinde bulunduğumuz günlerde, ekonomik dengenin bozulmuş olması, gazete sayfalarına kadar yansımıştır. Mayıs 2008’de yayınlanan gazetelerin ekonomi haberlerinde genelde bu konular işlenmektedir. Bir gazetede verilen habere göre, “Ekonomide göstergelerin kötüleştiği bu yılın ilk dört ayında şirket ve işyeri kapanışları hızlandı. İlk dört ayda kapanan şirket ve kooperatifler ile ticaret unvanlı işyerlerinin toplam sayısı, geçen yılın aynı dönemine göre bir kata yakın artarak 22 bin 294’e ulaştı.”

Reuters menşeli bir haberde de “2002 yılı sonunda 626 milyon dolar olan cari açık, dış ticaretin ithalata bağımlı hale gelmesiyle son 5 yılda tam 65 kat arttı. Bu yılın mart ayı itibarıyla ödemeler dengesi yıllık 40 milyar 375 milyon dolarlık açık verdi. Türkiye ekonomisinin en çok başını ağrıtan ve gittikçe kronikleşen cari açık sorunu, ekonomi yönetimini de pes ettirdi. AKP hükümeti, açığın finansmanında umutlarını yine özelleştirmelere bağladı.” denmektedir.

Diğer haberler de pek iç açıcı değildir. Cumhuriyet Gazetesi de diğer gazetelerde olduğu gibi, 21.05.2008 tarihli nüshasında, iç piyasanın 2001’den de kötü olduğunu, durgunluğun kriz günlerini hatırlattığını ifade ederek üretimdeki azalmaları sıralamaktadır.

Türk Ceza Kanunu’nun bileşim suçları ile ilgili istatistiklere baktığımızda, 2006 yılı içinde Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması suçundan dolayı 560 davanın açıldığı, toplam 876 kişinin sanık olarak yargılandığı, bunların 802’sinin erkek, 74’ünün de kadın olduğu görülmektedir. Bu suçların mağdurları ise toplamda 809 olup, 153’ü kadın, 656’sı da erkek olarak istatistiklerde yer almaktadır. Bunun dışında kalan bilişim alanındaki diğer suçlarda ise, bilişim sistemine girme suçundan dolayı 137 dava açılmış, toplam 189 sanık yargılanmış, bunun 183’ü

erkek, 6'sı da kadın olarak gözükmektedir. Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunun yer aldığı 244'üncü maddeyle ilgili olarak 47 davanın açıldığı, 59 sanığın yargılandığı, bunlardan 2'sinin kadın, 57'sinin erkek olduğu, mağdur toplamının 38, yine 2'si kadın 36 kişiden oluştuğu görülmektedir.

Dikkat çekicidir ki, 243 ve 244'üncü maddeleri ihlal edenler arasında kadın sanık adedi pek azdır. Buna karşılık kadınların 245'inci maddede yer alan suç, bir önceki suçlara oranla daha fazla işledikleri, özellikle 18 ve üzeri yaş grubundaki kadın sanıkların bulunduğu görülmektedir.

### BİLİŞİM ALANINDA SUÇLAR

(1/1/2006 – 31/12/2006)

	TCK Madde No	Dava Sayısı	SANIK SAYISI									MAĞDUR VEYA MÜŞTEKİ SAYISI		
			12-15 YAŞ		16-18 YAŞ		18 VE ÜZERİ		SANIK TOPLAMI			E	K	TOP.
			E	K	E	K	E	K	E	K	TOP.			
Bilişim Sistemine Girme	243	137	3	0	11	0	169	6	183	6	189	62	14	76
Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme	244	47	0	0	0	0	57	2	57	2	59	36	2	38
Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması	245	560	1	0	24	0	777	74	802	74	876	656	153	809
Bölüm toplamı		744	4	0	35	0	1003	82	1042	82	1124	754	169	923

Elimizdeki istatistikler 2006 yılına aittir. Maalesef 2007 yılı bulunmamaktadır. Bununla beraber 2008 yılındaki ekonomik verilere göre, 2008 yılında bu suçları işleyen sanık ve mağdur adedinde yükseliş göstereceği kuşkusuzdur. Bunun yanında kredi kartı sahiplerinin borçlarının çoğalması, toplumda yeni çözüm yolları aranmasına sebep olmaktadır. Yine Mayıs ayında gazetelere yansıyan görsel medyada haberlere çıkan olay, durumun vahametini ortaya koyacak niteliktedir. “Borçtan Bunaltana Yüksek Faiz; Kredi Kartına Tefeci Çözümü: Borçluların sıkıntısından faydalanmak isteyenler, ilanlarla kredi kartı borcu nedeniyle darboğaza girenlere ulaşmaya çalışıyor. Karaman’da bir esnaf astığı ilanda “Bunal-

mayın, kredi kartınızın borcunu biz ödeyelim. 12 taksimde bölelim” diyerek mağdurlara çağrı yapıyor.” şeklinde haberlere yer verilmektedir.

Doğaldır ki bu eylem, ödünç para verme işleri TCK’nun 241’inci maddesinde tanımlanan tefecilik suçuna uygun düşmektedir. Faiz veya başka bir namla da olsa kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesi, tefecilik suçunu oluşturacaktır. Genelde tefecilik suçu, günlük olaylarda senet kırdırma yoluyla işlenebilmektedir. Vadesi henüz gelmemiş bir senedin, vadesinden önce bir başkasına verilerek, senet üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Kredi kartlarıyla da ilgili olarak, aynı hususta benzer bir yöntem gerçekleştirilmiştir.

Bu kişiler 545 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmündeki Kararnameye uygun olarak izin verilmiş ve faaliyette bulunan bir kuruluş ise, yapacak hiçbir şey yoktur. Anılan Kanun Hükmündeki Kararnamenin 3’üncü maddesine göre, “İkrazatçı: Devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişiler” şeklinde tanımlanmaktadır.

Buna karşılık, bankalar bu işi daha rahat bir şekilde yapabilmektedirler. Zira izinleri vardır. Günlük gazetelere ve televizyon reklamlarına baktığımızda, çeşitli cazip tekliflerin yer aldığını görüyoruz. Örnek olarak: bir banka şöyle demektedir; “Borçlar dört bir tarafınızı sarmış olabilir. O bankaya kredi kart borcu, bu bankaya bireysel kredi borcu, bir diğerine taşıt kredisi... Hatta kamu kuruluşlarına bile borcunuz olabilir. Artık tüm bu borçlarla tek tek uğraşmanıza gerek yok! Gelin, borçlarınızı bankamıza transfer edin. Çok uygun faiz, 60 ay vade ve eşit taksit fırsatıyla sadece bize geri ödeyin.”

Bir başka banka, aynı tür reklamları; “Kredi kartlarınızın ödemelerini takip etmekte zorlanıyor musunuz? Borçlarınızı bir araya toplayın eşit taksitlerle ödeyip kapatın. 9 ile 36 ay arasındaki vadeler için %2,39’luk düşük faiz fırsatından yararlanın. Üstelik kart limitinizin %90’ına kadar Borç Transferi yapabilirsiniz” şeklindedir.

Bunların dışında bankaların yeni ürünler ortaya çıkarttıklarını görmekteyiz. “Bugün kullan, 2 ay sonra öde”, “İlk taksitiniz bizden, 12 aya varan taksitler, alış-veriş yap” gibi cazip önerileri kamuoyuna duyurmaktadırlar.



Başlangıçta da belirtmiş olduğum gibi, Max Weber'in düşüncesine katılarak teknokratların kamuoyuna sunduğu cazip yeni ürünleri alabilmek iktidarına sahip olabilmek için kanun dışı yollara başvurulması, bu ekonomik sistem içinde kaçınılmazdır. Kredi kartı hacmini yükselttikçe, bu konuda tüketiciye cazip teklifler sunuldukça, önümüzdeki yıllarda da suç adedi ve suçlu sayısı giderek artacağından kuşku duymamak gerekir.

Genelde kredi kartları ile meşgul olan hukukçular, bu suçlar karşılığında verilen cezanın azlığından ya da infaz sırasında meşruten tahliye hükümlerinin uygulanmasıyla, mahkemece hükmedilen cezanın tam infaz edilemediğinden yakınmaktadır.

Yaşadığımız zaman içinde, toplumda bir cezalandırma duygusu hakimdir. Hemen hemen herkes, cezaların fazla olmaması ya da gereği şekilde uygulanmaması nedeniyle suç oranının arttığını ileri sürmektedir. Özellikle ekonomik suçlar açısından, bu suç türünün oldukça çoğalması karşısında, ekonomik ceza hukuku soruşturma ve koğuşturma evreleri için iki alternatif gösterebilmektedir. Bu genelde, dalgalanmaları durdurmak için öngörölmüş bir yol olarak karşımıza çıkar. Bu yolun saydam olmadığı, kamuoyunun ve savunucuların gözden kaçırdığı bir husus oluşturmaktadır. Savcılık tarafından takipsizlik kararı veya arabuluculuk, uzlaşma, hükmün ertelenmesi, gibi yollara başvurulmaktadır. Son yılların moda konusu uzlaşmadır ve Türk Hukukuna da uzlaşma, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesiyle girmiş bulunmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı gibi, henüz bilişim suçları alanında uzlaşma uygulanması söz konusu değildir. Ama yakın bir gelecekte onun kapsamının da genişletileceği düşünülmektedir. Böylece Ceza Muhakemesinin özelleştirilmesi de gerçekleştirilmiş olacaktır. Burada Yargıtay'ın bir kararına da temas etmek isterim.

Kredi kartını kötüye kullanma suçuna teşebbüsten verilen mahkumiyet hükümlerinin 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve TCK'nun 7/2 maddesi uyarınca "sanıklar yararına olan 5728 sayılı Kanunun 562. maddesinin 1. fıkrası ile CMK'nun 231/5. maddesinde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırının 2 yıla çıkartılması ve 2. fıkrası ile de CMK'nun 231/14. maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olma koşulunun kaldırılması karşısında" hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması gerektiği, Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 2008 yılına ait 2007/3458 E., 2008/915 K. sayılı kararıyla karar altına alınmıştır.

Özet olarak; bilişim alanındaki suçlar, banka ve kredi kartının kötüye kullanılması, sahtecilik, hırsızlık, dolandırıcılık suçları her zaman işlenecektir. Ancak, ekonominin makro düzeyde dengeli olması halinde, bu suç sayısının da azalacağını tahmin etmekteyim. Ceza Hukukundaki genel yöneliş, ağır cezalardan ziyade, suç dolayısıyla ortaya çıkan zararı giderici tedbirlerin alınmasından yanadır. Buna karşılık kamuoyu, Ceza Hukukunun ağır yaptırımlarını mutlaka eksiksiz olarak, kanundan sapmalar gösteren kişilere uygulanmasından yanadır. Böyle düşünen kişiler, kendileri suç faili oldukları zaman, bu düşüncelerini terk etmezler. Bilişim suçlarıyla, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1960'lı yıllarda, Avrupa'da ise 1970'li yıllarda, Avrupa Birliği içinde de 1990'lı yıllarda devletler iç hukuklarında yasal düzenlemeler yapmaya başlamışlardır. Başlangıçta geleneksel suç tanımları içinde, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik gibi suçların bir görünümü olarak kabul edilmiş, ancak gelişen teknoloji sonucunda geleneksel suç tiplerinden bağımsız, ayrı suç tanımları yapılmıştır. 1991 yılında 765 sayılı TCK'nın 525'inci maddesi kaldırılarak, yerine 525/a ve 525/b maddeleri getirilerek, bilişim suçları bağımsız olarak tanımlanmıştır.

5237 sayılı TCK'nun 243, 244 ve 245'inci maddelerinde, bilişim suçları tanımına yer verilmiştir. Uygulama da, bu suçların takibi yönündedir. Toplumda bu suçların işlenmesi, ekonomik dar boğazlara göre çoğalarak sürecektir.

## Çek Kanunu Taslağı Hakkında Öneriler

Yaşar Yetiş\*

3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un değiştirilmesine yönelik Çek Kanunu Tasarısı Taslağının yapılan değerlendirmesinde; Şişli Adliyesinde yılda yaklaşık olarak 25.000 çek dosyasının gelip incelendiği bunların mahkemelerimizde değerlendirildiği açıklığı ile Türkiye'de en yoğun çek suçlarının karşılaştığı adliye olarak diğer hakim ve savcı arkadaşlarımızla görüşülerek bu yasanın uygulanması ile ilgili karşılaşılan sorunlar nedeniyle aşağıdaki öneriler hazırlanmıştır.

- 1) Öncelikle Anayasa'nın 38. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 No'lu Protokolü'nün 1. maddesi çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin 2002/165-195 sayılı kararındaki<sup>1</sup> azınlık görüşü ve yine Anayasa Mahkemesi'nin mal beyanında bulunmaya yönelik kararındaki görüşleri göz önüne alındığında diğer kambiyo senetlerinden ve taraflar arasındaki ödemeye ilişkin sözleşmelerden bir farkının olmaması gereken çekten dolayı cezai yaptırım düzenlenmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Bu çerçevede öncelikle diğer kambiyo senetleri gibi çekin de herhangi bir biçimde karşılığının ödenmemesinin hukuki alacak mahiyetinde değerlendirilerek cezai yaptırımının olmamasının gerektiği, sanığın söz konusu çeki önceden kurgulayarak karşılığını ödememek kastı ile bunun hazırlığını yaparak bedelini bankada hazır etmemesi eyleminin dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği kanaatindeyiz (3167 sayılı Yasa'dan önceki uygulama bu şekilde idi).

- 2) Ancak çekin bir ödeme aracı değil, bir kredi aracı olarak finans kesimini rahatlatıcı kambiyo senedi üstü bir belge gibi düşünül-

\* Şişli 6. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi

<sup>1</sup> Karar metni için <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-195.htm> Erişim tarihi 08.04.2008

mesi halinde, bu fiilin ceza yargılaması içerisinde ciddi sorunlar ve zaman kaybına neden olduğu göz önüne alınarak idari para cezası olarak düzenlenmesi, adeta bu suçun suç olmaktan çıkarılması ve düzene aykırılık olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bu idari para cezasının çekin karşılıksız çıkması halinde, Merkez Bankası, TMSF ya da BDDK tarafından verilmesi, idari para cezasına itiraz halinde de ilgili mahkemece itirazın değerlendirilmesi şeklinde düzenlenmesi önerilmektedir.

- 3) Karşılıksız çek keşide etmenin mutlak surette adli bir ceza ile yaptırma bağlanması gerektiği düşünülmekte ise; bu durumda çekin kambiyo senedi olarak alacak belirtmesi ve temelde bir alacağa mutlak surette bağlı olması göz önüne alınarak; çekin icra takibi yapılması şartına bağlı olarak düzenlenmesi, çekerle ilgili icra takibinin kesinleşmesinden sonra bu kesinleşmeye bağlı olarak icra takibinin bulunduğu icra tetkik merciinden İcra İflas Kanunu 349.maddesi çerçevesinde alacaklının şikayeti üzerine çekin borçlusuna yasal para cezasının verilmesinin sistemi rahatlatacağı kanaatindeyiz.

Bu çerçevede öncelikle çekin zaten bir alacağa bağlı olması göz önüne alındığında ceza mahkemelerinde sıklıkla çekin ödendiği, imzanın doğru olmadığı, çekin şekil şartlarını taşımadığı gibi itirazlar nedeniyle hukuk mahkemesinin ve takibin yerine geçilerek yapılan araştırmaların doğurduğu zaman kayıplarının ortadan kalkacağı, çekin icra takibinin kesinleşmesi ile ödeme halinde takip düşeceği için buna bağlı çek cezasının da ortadan kalkacağı, sistemin daha sağlıklı ve doğru şekilde işleyebileceği açıktır.

Kaldı ki, çek suçları nedeniyle çek alacaklarının hem icra takibi yapıp sonra ayrıca savcılığa şikayette bulunmaları, Cumhuriyet Savcılarının mevcut iş yüklerine ek olarak bu konuda bankalarla yazışmaya giderek hatta icra dosyalarını getirerek çeki inceleyerek eksiklikleri tamamlayıp iddianame düzenlemeleri, mahkemelerin iddianameleri değerlendirip kabul etmelerinden sonra yargılamaya başlaması, yargılama neticesinde mahkemelerin icra dosyalarını inceleyip alacağı değerlendirip karar vermesi, kararın temyizi ile Yargıtay'ın Ceza Daireleri'nden bir tanesinin sırf bu işe bakar hale dönüşmesi, yaklaşık olarak üç yıl kadar geçen bir zamandan sonra kararın onanması ile infaza gelmesi ve bun-

dan sonra infaz Savcılığı'nın işleme başlaması, çek mahkumunun yakalanmasından sonra ödediğini beyan etmesi halinde tekrar icra dosyalarının incelenip çek mahkumiyetinin yine aynı prosedür ile mahkemece ortadan kaldırılması gibi çok uzun ve gereksiz bir süreç ortadan kaldırılmış olacaktır. Sadece bunlar için dahi karşılıksız çek keşide etmenin yaptırımının icra takip dosyasına bağlı icra suçu olarak düzenlenmesinin sonsuz yararı vardır.

4) Çek Kanunu tasarısı ile ilgili şu hususları da belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Öncelikle Yasa'nın 2. maddesinde bankaların araştırma yükümlülüğü düzenlenmiş olup bu yetersizdir. Şöyle ki;

Şu anda bütün ceza mahkemelerinde karşılıksız çek dosyalarının çok büyük bir kısmında başkalarının kimliği ile sahte olarak alınan çekler nedeniyle verilen mahkumiyet kararlarının yargılamalarının yenilenmesi davaları vardır. Mahkemelerimize sıklıkla başkalarının kimliği ile şirket kurup bu şirketler vasıtasıyla alınan çeklerin piyasaya dağıtılmasından sonra, çek bedeli kaçmakta ve çek bedelleri ödenmemektedir. Bunun neticesinde, çek hamilinin şikayeti üzerine ilgili kişinin bankaya bildirmiş olduğu adreslere yapılan tebligatlar ile mahkumiyet kararı verilmekte, bu kişilerin mahkumiyet kararları aynı tebligatlarla kesinleşmekte, kişiler hiçbir şekilde haberi olmadan çek suçlarından mahkum olarak yakalanınca cezaevlerinden konuya ilişkin itirazlarda bulunmakta ve yargılama süreçleri bu nedenle gecikmiş olarak başlamaktadır.

Bu şekilde olan sadece Şişli Adliyesi'nde yaklaşık olarak 500-1000 civarında dosya ve olay vardır. Haklarında başkalarının kimliklerini kullanmasıyla alınan çekler nedeniyle verilen mahkumiyet kararları neticesinde mağdur olan bu kişilerin açacakları tazminat davalarında Adalet Bakanlığı'nı ve ilgili birimlerin aleyhine işlemde bulunabilecekleri, bunun ciddi bir sorun oluşturabileceği açıklığıyla, bankaların her gelen kişiye çek vermelerinin engellenmesi mutlak surette gereklidir.

Anlatılan nedenlerle bankaların kendilerinden çek yaprağı isteyen kişilere ilişkin araştırma yükümlülüğünün genişletilerek bu yükümlülüğe aykırı davranmanın yaptırımının özel olarak düzenlenip 9.maddede belirtilmesi gereklidir. Ayrıca önlem olarak bankada çek hesabı açılırken gerçek ve tüzel kişilerde hesabın en az 1 yıl süreli olması ve hesapta yi-

ne belirli bir miktar paranın bulunmasının şart olarak aranması halinde bir önlem getirilebilecektir. Bu şekilde hem sahte ve kolaylıkla alınan çeklerin önüne geçilecek, hem de çek gerçekten piyasada görüldüğünde karşılığı bulunduğu dair kanaat oluşturarak daha güvenilir bir belge haline dönüşecektir.

Tasarı'nın 4.maddesinde tüzel kişi adına çek düzenleyen kişinin adı ve soyadının çek üzerine açıkça yazılması yeterli olmayıp karışıklığa neden olunmaması için TC kimlik numarasının yazılması gerektiği kanaatindeyiz.

Tasarı'nın 5/7. fıkrasının yeterli olmadığını karşılıksız işleminin yanında cezai yaptırımının doğacağına özellikle belirtilmesi ve bu şekilde sıklıkla kişilerin bankalara bildirimde bulunarak zaman kazanmalarının önüne geçilmesinin engellenmesi gerekmektedir.

Tasarı'nın 7.maddesinde **“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın cezalandırılacağına”** ilişkin düzenleme tüm çek suçlarında sanıkların uzun yargılamalar sonucunda beraat etmesini gerektirecektir. Öncelikle hiçbir yargılamada hiç kimse bu sorumluluğu kabul etmeyecek, mahkemelerce şahsın kendisinin basiretli bir tacir gibi davrandığı örneğin alacağını kendisinin vermesi gereken kişinin bunu ödememesi neticesinde haklı olarak mağdur olduğu ve çeki ödeyemediği gibi bir savunma karşısında tüm ticari defterlerin incelenmesi alışverişlerin değerlendirilmesi ve bilirkişi araştırmaları yapılması gerekecektir. Sonuç olarak bu düzenlemeyle tüm çek sanıkları beraat edecek ya da ceza mahkemeleri ticaret mahkemeleri yerine geçip araştırmalar yapıp çekin kasten ödenip ödenmediğini araştırmak isteyecek bu uzun süreç nedeniyle zaman aşımı oluşarak davalar ortadan kalkacaktır. Sonuç olarak çeklerin hiçbirisinden mahkumiyet kararı elde edilemeyecek bu da çek suçunu fiilen ortadan kaldırdığı için diğer kambiyo belgelerinden bir farkı kalmayacaktır. Bu çerçevede çekin mutlak surette yine şekli suç olarak düzenlenmesi gerekmekte, “dikkat ve özen yükümlülüğü” cümlesinin yasadan çıkartılması gereklidir.

Tasarı'nın 7.maddesinde düzenlenen yaptırım da bizce hatalıdır. Şöyle ki; Burada 100 günden 1500 güne kadar Adli Para Cezası düzenlenmiş olup örneğin çekin miktarının 160.000 YTL. olması halinde mahkemenin konuya ilişkin takdir hakkı ortadan kalkmaktadır. Mahkeme zorunlu olarak cezanın üst sınırı olan 1500 gün Adli Para Cezası tayin ede-

cektir. Bu da diğer cezalarla karşılaştırmada adil ve eşit olmayacak, sanığın yargılamanın başından sonuç cezayı matematik kesinlikle bilmesi gibi yargılamayı ve mahkemenin takdir yetkisini ortadan kaldıracı bir sonuç doğuracaktır. Yargılanan kişinin sonuç cezayı baştan bilmesinin ceza yargılaması ilkelerine açık aykırılığı şüphesizdir, o zaman yargılama gereksizleşir. Bu nedenle mahkemenin takdir yetkisini sınırlandıran **“çek miktarından az ceza tayin edilmez”** hükmü kaldırılarak mahkemenin olayın oluşuna ve çek miktarı ile sanığın kişiliğine uygun düşecek cezayı tayin etme yetkisi verilmesi gereklidir.

Tasarı'nın 7.maddesinde bu davalara bakacak mahkemenin yer yetkisinin düzenlenmesi de sorun doğrucudur. Şöyle ki; Çek suçlarıyla ilgili olarak doğrudan muhatap alınan kurum her zaman ve mutlak surette çeki veren bankadır. Tüm yazışmalar bu banka ile yapılmaktadır. Dolayısıyla çekin alınan bankanın bulunduğu yerde görülmesinde hem sahtecilikleri engellemek hem de aynı çek hesabına ve sanığa ilişkin tüm davaların aynı yer mahkemelerinde görülmesini sağlamak açısından büyük yarar vardır. Anlatılan nedenlerle “çekin verildiği bankanın bulunduğu yer mahkemesinde davasına bakılacağı” hükmünün yasaya eklenmesi mutlak usul ve ekonomik yarar sağlayacaktır.

Tasarı'nın 7/3.fıkrasında yazılan tedbir düzenlemesi ciddi sorun doğuracak bir düzenlemedir. Çek uygulamasında tedbire gerek yoktur. Diğer suçlar gibi bankalar kişinin adli sicil kaydını aldıktan sonra çek vermeyebilir. Kaldı ki buna ilişkin istihbarat araştırması da yapılmalıdır. Merkez Bankası'nın kara listesi de vardır. Bu çerçevede kesinlikle işe yaramayan tedbir uygulaması kaldırılmalıdır.

Bunun aksine taslak yorumunda ise; öncelikle bu tedbir yargılama yapılmaksızın taleple evrak üzerinden verilmiş olduğundan ve kesinleşmeden uygulandığından dolayı ciddi sorun doğurur. Kaldı ki, usul işlemlerini ciddi anlamda uzatır. Şöyle ki, karşılıksız çıkan çeki ilişkin olarak önce ilgili mahkemeden tedbir kararı alınması bunun uygulanması, sonra şüpheli hakkında dava açılması bunun hakkında yeniden yargılama yapılması ve karar verilir yeniden uygulamak gibi aynı çeki ilişkin iki ayrı işlem iki ayrı süreç içerisinde tutarsız şekilde yapılmış olacaktır. Bu da yargının iş yükünü açıkça arttıracaktır. Buradaki önerimiz yine eskisi gibi mahkemenin mahkumiyet kararı ile birlikte gerekli tedbiri vermesidir.

Çekin tüzel kişi tarafından düzenlenmiş olması halinde tüzel kişinin ibraz anındaki yetkilisinin sorumlu tutulması olağanüstü sorun doğurur. Öncelikle çeklerde tüzel kişinin cezai sorumluluğu mutlaka kaldırılmalıdır. Şöyle ki; çeki bankadan tüzel kişi alabilmekle birlikte bankaya bildirdiği gerçek kişi adına çek düzenlenmeli ve bu gerçek kişi çekten cezai sorumlu olmalıdır. Alacağa ilişkin ise elbette TTK çerçevesinde tüzelkişi de sorumlu olacaktır. Böyle bir düzenleme ceza hukukuna uygun olacak zorlama çözümleri ortadan kaldıracaktır. Taslaktaki düzenleme ise çekin önceden kasten tüzel kişinin ortağı ve yetkilisi olan kişi tarafından düzenlenip verilmesinden sonra ibraz anında tüzel kişiye başka birisinin göstermelik olarak atanmış olması halinde çekin gerçek muhataplarının cezadan kurtulmasını sağlayacaktır. Bu itibarla da bu düzenlemeden mutlak surette vazgeçilmesi gerekir.

Tasarı'nın 9.maddesindeki sahteciliğe ilişkin düzenlemeler açıkça sorun doğuracaktır. Şöyle ki; zaten 5237 sayılı TCK'da konuya ilişkin düzenlemeler var iken çekte yapılan sahtecilik diğer nitelikli sahtecilikler gibi cezalandırılırken ayrıca burada özel bir düzenleme yapılması hem gereksiz hem de sorun doğurucudur. Bu çerçevede içerisinde bu uygulamadan vazgeçilmeli ve çekin sahte olarak düzenlenmesi halinde genel sahtecilik ve hatta dolandırıcılık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle yetinilmelidir.

Sonuç olarak tüm bunların dışında Çek Kanunu'nda yapılan değişikliklere rağmen sorunun çözülemediği açıklığıyla yapılacak bu son değişikliğin de sorunları çözemeyeceği zira hukuka zorla uydurulmaya çalışılan kendi yapısı itibarıyla uygun olmayan karşılıksız çek keşide etme eylemine cezai yaptırım bağlanması yasanın aynı problemlerle tekrar karşılaşacağı ve yeni sorunlar doğuracağı açıktır. Bu sebeple TTK düzenlemelerine paralel olarak öncelikle çekin diğer alacak belgeleri gibi herhangi bir cezai yaptırımının olmaması, cezai yaptırımı mutlak surette gerekiyor ise idari yaptırım olarak düzenlenmesi, Adli yaptırım düzenlenmesi zorunlu ise alacak, icra takibine bağlı icra tetkik merciinde görülen yaptırım olarak düzenlenmesi, bunların dışında mevcut yasada değişiklik şart ise yukarıdaki önerilerimiz çerçevesinde düzenlemeler yapılması ve özellikle çekin TTK'daki düzenlemelere paralel olarak görüldüğünde ödenecek belge olarak düzenlenip bankaya ibraz edildiği anda vade tarihi gelmese dahi yukarıdaki yaptırımların uygulanacağı hükmünün kayıt altına alınmasını düşünmekteyiz.



## Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu

Hüseyin İnce\*

### A. GİRİŞ

Cezaların kişiler üzerinde etkileri herkeste aynı değildir. Bazı suçlular açısından sadece bir cezaya mahkum olmakla ve hatta kişi ile ilgili olarak soruşturma başlatmakla dahi cezadan beklenen; kişiye gerçekleştirildiği haksızlık dolayısıyla etkin bir uyarıda bulunmak ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlamak amacına ulaşılmış olunur.

Cezanın uyarı fonksiyonunun kişinin sadece belli bir cezaya mahkum olmasıyla gerçekleştiği ve failin bu uyarı dolayısıyla pişmanlık duyduğu durumlarda, artık failin cezaevi ortamına konması gereksizdir. Aksi uygulama, cezanın amacının kişiyi belli yoksunluklara maruz bırakmak, kişinin acı ve ızdırap çekmesini sağlamak olduğu şeklindeki bir anlayışa destek anlamına geleceğinden, çağdaş cezalandırma düşüncesine ters olacaktır. Oysa ki, cezanın infazıyla elde edilmek istenen amaç, mahkumun gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir yaşantı sürmeye yatkın hale getirmektir<sup>1</sup>.

Suç işleyenin cezalandırılması genel ceza hukuku kuralı ise de, bazı kişilerin kişilik yapısı, yaşadığı çevre, psikik ve ahlaki eğilimleri ile kendisini suç işlemeye sevk eden saikler itibarıyla suç işlemeyi itiyat haline getirmemiş “tesadüfi” suçlu oldukları da bilinen bir gerçektir. Bu kişilerin işledikleri suç dolayısıyla cezalandırılmaları ya da mahkum oldukları cezanın infazı toplum barışı açısından zaruret arz etmeyebilir. Bu kişilerin cezaevi ortamına girmeden de toplum düzenine uygun davranmaları sağlanabilir<sup>2</sup>. Bu amaçla suç siyasetindeki değişikliklerle kamu davası açılmasının ertelenmesi, kamu davası açılma bile muhakemenin ertelenmesi, muhakeme devam etse bile sonuçta belirlenen cezaya ilişkin hük-

\* Emet Hakimi

1. İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3. Baskı, Ankara 2006, s: 597.
2. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s: 598.

mün açıklanmasının ertelenmesi yine de hüküm açıklanmasına rağmen bu hükmün infazının ertelenmesi gibi müesseseler ihdas edilmiştir.

19. yüzyılda ceza hukukunun temel yaptırımı olan hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının, hükümlüyü yeniden topluma kazandırmaktan çok, toplumdan uzaklaştırmaya yönelik bir etki meydana getirdiği, bu nedenle bu cezalara son çare olarak baş vurulması gereği ortaya çıkmış ve basit suçluluk alanlarında alternatiflerin ne olması gerektiği konusunda arayışlara neden olmuştur<sup>3</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, daha 70'li yılların ortasında, 09.03.1976 tarihli tavsiye kararı ile üye devletlerden mevcutların tamamlanmasını ve hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatifler geliştirilmesini süratle istemişti. Hürriyeti bağlayıcı cezanın kullanımının sınırlandırılmasına yönelik amaç düşünce, Bakanlar Komitesi'nin 90'lı yılların başında 19.10.1992 tarihli (R 92 17) sayılı kararında yenilenerek vurgulanmıştır. Bunların dışında BM Genel Kurulu da Aralık 1990'da, devletlerin hapis dışındaki infaz şekillerini uygulamaya teşvik için "Hapis Dışındaki İnfaz Şekillerinin Standart Asgari Kurallarını" (Tokyo Kuralları) kabul etmiştir. Tokyo Kuralları gereğince, infaz şekillerinin belirlenmesinde, suçlunun insan hakları ve iyileştirilmesi, toplumun korunması ve mağdurların menfaati göz önünde tutulacaktır. Bunlara göre, geçici ya da şartla salıverilme, bir kamuya yararlı işte çalışmak amacıyla salıverme, gözetim, ceza indirimi, toplum hizmeti, ekonomik yaptırımlar ve benzeri uygulamalar için alternatif yaptırımlar öngörülmektedir<sup>4</sup>.

Hürriyeti bağlayıcı cezalara karşı geliştirilen alternatif yaptırımlar ve tedbirler, cezalandırma sisteminde son yüzyılın en önemli önerisi ve hareketidir. Karar veren hakimlerdeki ve teorisyenlerdeki cezalandırma düşüncesi ile ilgili eğilim, cezalara değil alternatif yaptırım veya tedbirlere ağırlık vermekten yana gelişmektedir. Yaptırım ve tedbirlerin yanı sıra, gerek muhakeme hukuku açısından ve gerekse infaz hukuku açısından bazı yöntemler de geliştirilmiştir. Bu yöntemler hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif ceza değil, gerek mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması ve gerekse cezaevlerindeki kalabalıklaşmaları önleme ve azalt-

3. Mustafa Ruhan Erdem, "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış", (Anayasa Mahkemesinin 39.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri), Anayasa Yargısı, Sayı 18, s. 18.

4. Timur Demirbaş: **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 73.

maya dönük kurumlardır. Bu alternatif kurumlardan biri de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıdır.<sup>5</sup>

Hürriyeti bağlayıcı cezaların zararlı etkileri, sadece infaz kurumlarının koşullarının iyileştirilmesi ile önlenemeyeceği açıktır. Hapis cezalarının infazı sınırlandırılmalı ve buna paralel olarak da kısa süreli hapis cezalarına seçenek olabilecek kurumların oluşturulması, hürriyeti bağlayıcı cezalara en son başvurulması ve ilk defa suç işlemiş olan kişilere bir şans daha vermek amacı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması gerekmektedir.

İngiliz kökenli olan probation (denetimli serbestlik) sisteminde sanık hakkında soruşturma yapılır suçu tespit edilir, ancak ceza verilmesi ertelenir. İngiltere’de 1842’den bu yana bu usül çocuk ve genç suçlular ve ilk kez suç işleyenler hakkında uygulanmıştır<sup>6</sup>. İngiliz ceza adalet yasasına göre, hüküm 6 ay süre ile birlikte ertelenebilmekte ve failin bu süre içinde bazı yükümlülükleri yerine getirmesi, örneğin mağdura tazminat vermesi gerekmektedir<sup>7</sup>. Hatta Amerika gibi ülkelerde, bu süre içinde bir gözetim görevlisinin gözetim ve denetimi de öngörülmektedir<sup>8</sup>.

Aynı şekilde Fransa’da da mahkeme suçluluğu tespit ettikten sonra, sanığın topluma uymakta olduğunu, zararın tazmin edilmekte olduğunu ve suçtan doğan huzursuzluğun sona ermekte olduğunu saptaması durumunda ceza tayin edilmesini bir yıl kadar erteleyebilmektedir. Bu koşulların yerine getirilmesi durumunda mahkemece, sanığın cezadan bağışık tutulmasına karar verilebilmektedir<sup>9</sup>.

- 
5. Genel Kurul’un 29 Kasım 1985 tarih ve 40/33 sayılı kararıyla kabul edilen, **“Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kurallar (Beijing Kuralları)”**ın dava sonucunda verilebilecek çeşitli kararlar başlığını taşıyan 18.1 maddesine göre; Yargılayan makâmın sadece mevzuata bağlı kalmasını sağlayabilmek ve gerekli esnekliğe sahip kılınabilmesi amacıyla dava sonucunda verilebilecek alternatif yaptırımlar üretilmelidir. Sözü edilen yaptırımlar birbiri ile kombine de edilmelidir.
  6. Turhan Tufan Yüce: **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**. Ankara: Turhan Kitapevi, 1985, s.162.
  7. Kayıhan İçel: **“Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”**, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu ( 22-26 Mart 1976). İstanbul: Sermet Matbaası, 1977, s.338.
  8. Ayhan Önder: **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963, s.109.
  9. Mustafa Tören YÜCEL: **Suç ve Ceza (Kriminoloji)**. Ankara: Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yay., 1986, s.222.

Probation (denetimli serbestlik) kurumunu da içerisinde barındıran hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu önce Anglo- Sakson hukukunda ortaya çıkmış ve daha sonra Avrupa ülkeleri ceza kanunlarında yerini bulmuştur. Fransa'da önceleri çocuk suçlular bakımından uygulanmaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinler bakımından da uygulanmaya başlanmıştır. Yine Belçika'da 1964 tarihinde yapılan değişiklik ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Belçika hukuk sistemine de girmiştir.

Mevzuatımızda daha önce bulunmayıp da 03.07.2005 tarih ve 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile hukukumuzda giren bu müessese, özellikle küçük suçluların hürriyeti bağlayıcı cezalarına seçenek olabilecek yararlı bir müessese olarak kabul edildiğinden<sup>10</sup> çok yerinde bir düzenleme olmuştur. Ceza muhakemesine yeni bir açılım getiren ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hapis cezalarının infazının ertelenmesine nazaran sanığın daha lehine olanaklar sağlayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, çocuk suçlulardan sonra 5271 Sayılı CMK'nın 06.12.2006 tarih ve 5560 Sayılı Kanun'un 23. maddesi ile değişik 231. maddesi ile yetişkin suçlular bakımından da uygulanabilir hale getirilmiştir. 08.02.2008 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5278 sayılı Kanun'un 562. maddesi ile CMK'nun 231. maddesinde değişiklikler yapılarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin hapis cezasının süresi 1 yıldan 2 yıla çıkarılmış ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanması için suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olma şartını kaldırmıştır. Böylece hem 5395 Sayılı Kanun'un 23. maddesinde düzenlenen hem de 5271 Sayılı CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanması için suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olma şartını kaldırmıştır.

## **B. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yargılamanın tamamlanıp yargılama konusundaki ispat faaliyeti bittikten ve hukuki tavsif de yapıldıktan sonra, kişinin damgalanması sürecini erteleyerek hükmün tefhimini ertelemek ve böylece de infaza geçilmesini önlemek olarak tanımlayabileceğimiz bu kurum oldukça çağdaş

10. İçel, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek ...", s.338; Önder, **Ceza Hukukunda Tecil...**, s. 117.

bir yaklaşımı sergilemektedir<sup>11</sup>. Bir başka anlatımla, sanığın üzerine atılı suçtan yargılaması tamamlanmakta, sanığın suçunun sübuta erdiği hususunda mahkemede olumlu bir kanaat oluşmakta ancak mahkeme kanunda öngörülen kriterlerin varlığını göz önünde bulundurarak sanığın hiç yargılama geçirmemiş sayılması için bir olanak sanığa bir olanak daha tanımakta ve sanığa bir şans daha vermektedir. Böylece sanık belirlenen yükümlülükler uydugu takdirde sanık hakkında kurulan hüküm bir hukukî sonuç doğurmayacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, bir tür cezanın şahsileştirilmesi kurumudur<sup>12</sup>. Bu durum kamu davası sonucunda verilecek hükmün açıklanmasının belirli şartlarla ve süre ile ertelenmesini ifade eder. Sanık ile suç arasındaki bağı kuran hakime sanık ile ceza arasındaki bağlantıyı belirli şartlarla kesme ve askıya alınma hakkı verir, denetim süresinin hakim tarafından öngörülen şartlara uygun olarak geçirilmesi halinde sanığın tamamen cezadan veya hükümlülük kararından kurtulması yani hakkındaki kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğurur.

Hâkim yargılamakta olduğu suçla ilgili olarak sanığın kişisel durumunu, işlediği fiili bütün yönleriyle inceleyerek, delilleri toplayacak ve yargılamayı bitirecektir. Ancak son hükmü açıklamayacaktır. Bunun yanı sıra hâkim sanığa belli bir denetim süresi içinde, denetimli serbestliğe tâbi tutulacağını ve hükmün geri bırakıldığını bildirecektir<sup>13</sup>.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması sanık bakımından bir hak değildir. Bu konuda hâkimin tam bir takdir yetkisi vardır. Objektif şartlardan olan hükmolunan cezanın süresi, önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm olunmamış bulunulması şartları olumlu olsa da bu şartlar tek başına sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını gerektirmez. Zira “mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması” da gerekmektedir. Bu da mahkemenin takdir yetkisini açıkça ortaya koymaktadır. CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasındaki “...karar verilebilir...” şeklindeki ifade

11. Yener ÜNVER: **T.C. Adalet Bakanlığı, 21. yy'la Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu**, (21-22 Ocak 2000), Ankara 2001, s. 39.

12. Hüsamettin UĞUR: “**Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2007, Sayı: 73, s:275.

13. UĞUR: “**Ceza Muhakemesinde ...**”, s: 278.

de şartların oluşması halinde kurumun uygulanmasının zorunlu olmadığını göstermekte, kurumun ihtiyari niteliğini açıkça ortaya koymaktadır.

Sanığı mümkün oldukça damgalamamak ve onları topluma sağlıklı ve normal bireyler olarak tekrar kazandırmak kurumun en temel amacıdır. Böylece bu kurumun uygulanması ile küçüklerin ve hafif suç işledikleri saptanan yetişkinlerin damgalanmalarının ve dolayısıyla “sabıkalı” olarak nitelendirilmelerinin önüne geçilmiş olmaktadır<sup>14</sup>.

### **C. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN KOŞULLARI**

#### **1. Suça İlişkin Koşullar**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek suçlar 5271 sayılı CMK'nın 5560 Sayılı Kanun'unun 23. maddesi ile değişik 231. maddesinin son fıkrasında soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar olarak sınırlandırılmışken 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 Sayılı Kanun'un 562. maddesi ile yapılan değişiklik ile bu kapsam genişletilmiş ve suçun soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olması şartı kaldırılmıştır. Sanığın işlediği suçun kasıtlı veya taksirli olmasının bir önemi yoktur. Artık kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu aşağıda değineceğimiz suçlar dışında bütün suçlarda uygulanabilir.

- a) 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 Sayılı Kanun'un 562. maddesi ile CMK'nın 231. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklik ile “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler, Anayasanın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”<sup>15</sup>.

14. Artuk, Mehmet Emin; Yenidünya, Ahmet Caner, “**Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi**”, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 65 ve devamı.

15. **1982 Anayasası'nın** 174. maddesi koruma altına alınan inkılâp kanunları şunlardır:

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;
3. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;

b) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecek suçlardan biri de 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda tanımı yapılan suçlardır. 01.03.2008 tarihli 5739 Sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununa eklenen ek 10. madde ile "Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin beş ilâ on dördüncü fıkraları uygulanmaz" hükmü getirilmiştir.

c) 01.03.2008 tarihli 5739 Sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 16.6.1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63. maddesinin ikinci fıkrası "Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece... 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri ...uygulanmaz." şeklinde değiştirilerek 477 Sayılı Kanunda düzenlenen disiplin suçları açısından da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda bahsi geçen (b) ve (c) bentlerindeki sınırlama 5739 sayılı kanunla getirilirken şu amaç güdülmüştür. Türk Silahlı Kuvvetlerinin ülkenin birlik, beraberlik ve huzurunun sağlanması için yürüttüğü faaliyetlerde disiplin büyük önem arz ettiğinden askeri ceza ve disiplin yargılamasında askerlik hizmetinin özelliklerinden kaynaklanan bir takım istisnaların kabulü zorunludur<sup>16</sup>.

d) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecek suçlardan bir tanesi de on beş yaşını tamamlamış kişilerin işlediği 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlardır. Nitekim 01.03.2008 tarihli 5739 Sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 13. maddesi yapılan değişikliğe göre; "Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesi-

5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmîlel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

6. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun;

7. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına dair Kanun;

8. 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

16. 5739 sayılı Kanun'un gerekçesi.

ne göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenebilir. Ancak bu hükümler onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz.”<sup>17</sup>.

- e) Yasal engel bulunmamasıyla birlikte Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2007 yılında vermiş olduğu bir karara göre 3167 sayılı kanunun amacı göz önünde bulundurulduğunda, çek suçlarında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması imkanı yoktur<sup>18</sup>.

17. 5739 sayılı kanun ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişiklikler, 01.03.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmış ve o tarih itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunması nedeniyle bu tarihten önce işlenen ve bu üç yasada düzenlenmiş olan suçlar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması açısından yasal bir engel yoktur. CMK'nın 231. maddesinde sayılan koşullar oluştuğu takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanacaktır. Bu nedenle suç tarihi önemlidir.

18. "...Kanun yararına bozma talebi ve tebliğnamede, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 5560 sayılı Kanunla değişik 231/5. maddesinde, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması halinde mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğinin, bu şekilde kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmayacağı belirtilmiş olması karşısında yapılan değişiklikle sanığa, suçun işlenmesi sonucu mağdurun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi olanağının tanındığı cihetle, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir." denilerek anılan hükmünün bozulması istenmiştir.

3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı öncelikle çek hamillerinin korunması ve kayıtsız şartsız belli bir bedelin ödenmesi için havaleyi içermesi nedeniyle ekonomik hayatta önemli bir yere sahip çeki güvenilirliği, yani kamusal güveni sağlamaktır.

Söz konusu amacın bir gereği olarak, yargılamanın süratle sonuçlanıp, mağdurun alacağını bir an önce alabilmesi ve ceza yaptırımı ve kamunun ekonomik güvenliğinin sağlanabilmesi için, 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen suçlara ve yargılama usulüne ilişkin hükümler, maddi hukuk kuralları yönünden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre ve kendine özgü usul hükümleri içermesi nedeniyle de 5271 sayılı CMK'ya göre özel hüküm niteliğini taşımaktadır.

3167 sayılı Kanun'da "hükmün açıklanmasının geri bırakılması"na ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

5560 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesine eklenen, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kurallar incelendiğinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için "suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesinin" koşulunun yerine getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, tüm koşulların yerine getirilmesi ve hükmün açıklanmasının geri



- f) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu disiplin ve taziyik hapsini gerektiren fiillerde uygulanacak mıdır? CMK'nın 231. maddesinin beşinci fıkrası göz önünde bulundurulduğunda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen ve disiplin ve ziyik hapsi öngörülen eylemlerden dolayı yapılan yargılama sonucunda bu kuruma başvurulamayacaktır. Çünkü kanunun lafzından anlaşılacağı üzere, bu kurum ancak suçlarda ve hapis ve adli para cezasını gerektiren eylemlerde uygulanabilir<sup>19</sup>.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı açısından uzlaşma hükümleri saklıdır. 5560 sayılı yasanın 25. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 254. maddesinin ikinci fıkrasına göre; Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getiril-

---

birakılmasının takdir edilmesi durumunda, anılan maddenin 8. fıkrası uyarınca sanığın 5 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına karar verilecektir.

3167 sayılı Kanun'un 16c/2. maddesinde, "Dava açıldıktan sonra hüküm verinceye kadar geçen süre içinde, çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde onbeş tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde ceza davası düşer." hükmü öngörülmüş, ayrıca hüküm verildikten sonra kesinleşinceye kadar ya da kesinleşmesinden sonra öngörülen ödemenin yapılması durumunda ceza davasının düşmesi ya da hükümün bütün cezai sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmasına karar verileceği hükümlerine de aynı maddede yer verilmiştir.

Çekle ilgili alacağın icra kanalıyla ödenmesi veya şikayetçi ile anlaşma suretiyle çek aslının geri alındığının kanıtlanması durumlarında dahi, şikayetçinin yasal hamil sıfatının sona ermiş olması nedeniyle, kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekmektedir.

3167 sayılı Kanun'un 16c maddesindeki sözü edilen düzenlemeye göre; çek bedeli, tazminatı ve gecikme zammının ödemesi ya da icra kanalıyla ödeme suretiyle gerçekleşen tazmin işlemi ya da şikayetçi ile anlaşarak çek aslının geri alınması durumlarında ceza davasının düşürülmesine karar verilecek ve böylelikle, sanığın devletle olan tüm cezai ilişkisi sona erecektir. Buna karşın hükümün açıklanmasının geri bırakılması durumunda, tazmin ile ceza davasının düşmesi sonucu doğmayacağı gibi, sadece ön koşullardan birisi yerine getirilmiş olacaktır; ayrıca sanık hakkında 5 yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gibi ek bir yükümlülüğe de hükmedilecek ve denetim süresi içinde sanığın kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklayacaktır.

Bu durumda, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin sanığın aleyhine olduğu açıktır.

Belirtilen nedenlerle, incelemeye konu itiraz mercii kararı yasaya uygun olduğundan, yerinde görülmeyen kanun yararına bozma talebinin (REDDİNE), **(10. CD, 02.07.2007, 2007/5010 E, 2007/8222 K.)**

19. Mustafa, Artuç: "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl. 3, Sayı: 21, Mayıs 2008, s: 115.

mesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi halinde, mahkeme tarafından, 231. maddenin 11. fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

## 2. Cezaya İlişkin Koşullar

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında kanunda ön görülen ceza değil, mahkemece yapılan uygulama sonucunda belirlenen sonuç ceza esas alınmalıdır. Sonuç olarak hakimın tespit ettiği 2 yıl ve altındaki hapis veya adli para cezaları bu kurum kapsamına alınmıştır.

Değişiklik öncesi 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin 1.fıkrasına göre; “çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, en çok üç yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir” idi. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu 19.12.2006 yürürlük tarihli 5560 sayılı yasanın 23. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesine 4. fıkradan sonra eklenen fıkralar ile “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.” demek suretiyle çocuk suçlular için tespit edilen ceza miktarını da büyüklerin seviyesine indirmiştir.

Ancak CMK'nun 231. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “bir yıl” ibaresi 5728 sayılı yasanın 562. maddesi ile tekrar değiştirilerek “iki yıl” olarak belirlenmiştir. Burada yasa koyucu adli para cezası yönünden herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Adli para cezasının miktarı ne olursa olsun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Sanığa hem hapis hem de adli para cezası hükmedilmesi durumunda hapis cezasının süresi göz önüne alınacaktır.

Yargılama sonucunda mahkemece sanığın üzerine atılı suçu işlediği sonuç ve kanaatine varıldığında sanık hakkında uygulanması gereken

maddeler belirtilip ceza hesaplanacak ve sonuç ceza bulunacaktır. Sonuç ceza iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiriyor ise sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kuralların uygulanması imkanı kalmayacaktır.

Yeni düzenleme ile tüm suçlular açısından kanunda öngörülen cezanın miktarı ve türü ne olursa olsun, yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise, diğer şartların yerine getirilmesi koşuluyla sanığa bu müessesenin uygulanmasında her hangi bir engel yoktur. Buradaki iki yıllık süre, çocuk suçluların 19.12.2006 tarihinden önce işlemiş oldukları suçlarda 5395 Sayılı ÇKK'nun 23. maddesi gereğince 3 yıl olarak belirlenecektir<sup>20</sup>.

### 3. Sanığın Geçmişine İlişkin Koşullar

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan ötürü mahkûm olmamış bulunması gerekir. Önceden mahkum olunan cezanın hapis veya adli para cezası olmasının veya bu cezaların miktarının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan mahkumiyetin kasıtlı bir suça ilişkin olmasıdır. Eğer önceden mahkum olunan suç, kasıtlı bir suç veya olası kastla işlenebilen bir suç ise kurumun uygulanmasına engel teşkil edecek; buna karşılık taksirle veya bilinçli taksirle işlenen bir suç ise kurumun uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

Önceki mahkumiyetin infaz edilmiş olması aranacak mıdır? Kanunumuz sadece “kasıtlı bir suçtan mahkum olmama” tabirini kullandığından, bu mahkumiyet ilamının kesinleşmiş olması aranacak ancak, infaz şartı aranmamalıdır<sup>21</sup>. Önceki mahkumiyete ilişkin kararın, açıklanması geri bırakılacak hükme esas suçun işlenme tarihinden önce kesinleşmiş olması yeterlidir<sup>22</sup>. Önceki suçun işlenme tarihinde sanığın 18 yaşından küçük veya büyük olmasının da bir önemi yoktur. Çocukların işledikleri suçlar her ne kadar tekrerrü ve hak yoksunluğunun uygulanmasına engel olmakta ise de, bu suç kasıtlı ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir<sup>23</sup>.

20. 8. CD., 03.12.2007, 2007/8665 Esas-2007/8522 Karar

21. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 653

22. Artuç, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, s: 118.

23. Artuç, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, s: 118.

Sanığın sabıkasına konu cezanın infaz edilmiş veya edilmemiş olmasının bir önemi yoktur. Maddenin amacı ilk kez suç işleyen kişilere yeni bir şans tanımak olduğu için cezasını infaz eden kişinin ikinci suçundan dolayı verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması imkanı yoktur.

647 Sayılı Kanununun 6. maddesinin uygulanması sonucu sanığın işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı verilen erteli mahkumiyet hükmünden itibaren beş seneden fazla bir zaman geçmiş ve bu süre içinde başka bir suçtan mahkum olmamış olması nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 95/2. maddesi uyarınca esasen “vaki olmamış” sayılan önceki mahkumiyet hükmü bu kurumun uygulanmasına yasal engel teşkil etmeyecektir<sup>24</sup>.

Aynı şekilde 3628 sayılı Adli Sicil Kanunu'na göre önceki mahkumiyetin adli sicilden silinme koşulları oluşmuş ise bu kurumun uygulanmasına yasal engel teşkil etmez<sup>25</sup> ancak, gerek erteleme süresi içerisinde başka bir suçtan mahkum olunmamış olması nedeniyle vaki olmamış sayılan mahkumiyet ilamları ve gerekse silinme koşulları olduğu halde adli sicilden silinmemiş mahkumiyet ilamları CMK'nın 231/6-b maddesindeki “mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması”nda hakimce takdir hakkının kullanılmasında dikkate alınmalıdır.

Daha önceden işlediği suç nedeniyle verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kişi yeni bir suç işlediğinde daha önceden kasıtlı suçtan mahkum olan kişi durumunda değildir ancak hakim bu durumu kişinin ikinci suçu hakkında bu kurumu uygulayıp uygulamamakta takdir hakkını değerlendirmede kullanabilir.

#### **4. Liyakat Koşulu**

“Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,” öngörülen bir diğer koşuldur.

Mahkemenin kovuşturma yaptığı sırada sanığın kişilik özelliklerini, geçmişteki halini, özellikle duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapması ve yaptığı bu değer-

24. Artuç, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, s: 119.

25. **2. CD, 31.03.2008, 2007/19739 Esas-2008/5949 Karar.**

lendirme sonucunda da sanığa verilecek ceza hükmünün açıklanmasının ertelenmesi durumunda sanığın ileride suç işlemekten çekineceği kanaatini elde etmesi gerekir<sup>26</sup>. Ancak sadece sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarından hakimin bir sonuca gitmesini beklemek mümkün değildir. Kanunda açıkça yazılmamış ise de sanığın geçmişine ilişkin koşulları anlatırken yukarıda değindiğimiz mahkumiyet ilamlarının içeriği ve niteliği, yargılanmakta olduğu başka dava dosyalarının bulunması da hakimin bu kanaatinin oluşmasına katkıda bulunan veriler olmalı ve hakim gerektiğinde bu hususları da kanaatinin oluşmasında gerekçe olarak gösterebilmelidir.

Sanığın duruşma aşamasında hakkında verilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunda bir talebi yoksa hakim re'sen şartların varlığını araştırarak mıdır? Hakim kovuşturma sonucunda sanığın suçunun sübuta erdiği kanaatine varırsa, yargılama aşamasında herhangi birisinin talebi olmadan kurumun uygulanması için zorunlu koşulların oluşup oluşmadığını ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğini kendiliğinden takdir edecektir. Talep gerekmez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeyecek ise, bunun da gerekçeli kararda irdelenmesi gerekir.

### 5. Zararın Giderilmesi Koşulu

5395 sayılı ÇKK'nun değişiklikten önceki 23. maddenin 2. fıkrasının (d) bendine ve 5560 sayılı yasanın 23. maddesi ile değişik CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasının (c) bendine göre, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Ancak, bu bentteki zararın giderilmesi koşulu, 03.07.2005 tarihi ile 19.12.2006 tarihi arasında suç işleyen çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması hâlinde bunlar hakkında aranmayabilir.

Sanığın bu son koşulu derhal yerine getirememesi durumunda; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir<sup>27</sup>.

26. 4. CD, 15.01.2007, 2006/8426 Esas-2007/122 Karar.

27. 5560 sayılı yasanın 23. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 9. fıkrası.

Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenemesi hâlinde, mahkemece takdir edilecek bir miktarda paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması gerekir. 5395 sayılı ÇKK'nun değişiklikten önceki 23. maddesine göre “suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” koşulu, çocuğun<sup>28</sup> ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması hâlinde aranmayabiliyor idi. Yeni düzenlemede çocuk suçlular için bu şekilde bir ayrıma gidilmemesi cezanın şahsiliği prensibi açısından sakıncalıdır.

Çocuk suçlular açısından gerek ÇKK'daki gerek CMK'daki bu düzenleme, kişilerin uğradığı zararın çocuğun ailesi tarafından tahsilini ve çocuk tarafından giderilmesini düzenlemesinden dolayı sakıncalı bir durumdur<sup>29</sup>. Çocuğun işlediği bir suçtan dolayı aileyi cezalandırmak cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gibi, çocukların sebep oldukları bu zararı gidermesi yönündeki bir beklenti de çoğu zaman hayatın olağan akışına terstir. Zira çoğu çocuğun bu koşulu yerine getirmesi ülkemiz şartları hesaba katıldığında imkansız gibidir.

28. Genel Kurul'un 29 Kasım 1985 tarih ve 40/33 sayılı kararıyla kabul edilen, “**Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kurallar**”ın kurumların olabildiğince az kullanılması başlığını taşıyan 19.1 maddesine göre; “Çocuğun bir kuruma kapatılması daima en son çare olmalı ve buna gerekli olan en kısa sürede son verilmelidir.” (Çevrimiçi), [www.bianet.org/2004/12/01\\_c/bm\\_cocuk\\_adaleti\\_standart.doc](http://www.bianet.org/2004/12/01_c/bm_cocuk_adaleti_standart.doc)
- Gerçekten de gelişen kriminoloji, ıslahta kurumsal yerine kurum dışı yöntemlerin kullanılmasını savunmaktadır. Bu iki yöntem arasında pratikte hiç bir fark görülmemiştir. Ama kurumsal uygulamada ortaya çıkabilecek bazı zararlı etkilerin, normal ıslah yöntemleriyle üstesinden gelinemeyecek sonuçları olmaktadır. Bu durum özellikle olumsuz etkilere karşı oldukça hassas olan çocuklar için geçerlidir. Daha ötesinde, sadece özgürlüğünden yoksun kalmak değil, fakat normal sosyal çevreden soyutlanmak gibi anılan olumsuz etkiler, gelişmelerinin ilk basamağında bulunan kişiler için yetişkinlerden daha kötü sonuçları kesinlikle getirmektedir.
- Kural 19, kurumsal ıslahı, nitelik (son çare) ve zaman (en kısa sürede son verilmesi) bakımından olmak üzere iki yönüyle kısıtlamayı amaçlamaktadır. Ayrıca kural 19, çocuğun başka çare kalmadığı haller dışında hapsedilmesi hükmü ile Birleşmiş Milletler 6. Kongresi'nde alınan 4 sayılı kararın koyduğu temel ilişkiyi de yansıtmaktadır. Kural bu haliyle çocuğun bir kuruma kapatılması halinde kendisinin kişisel ihtiyaçlarının, kurumun ve hapsedilme koşullarının da iyileştirilmesi için düzenlemeler yapılması gereğini de akla getirmektedir. Kuruma yerleştirilme yoluna gidildiği takdirde önceliği kapalı kurumlar yerine açık kurumlara tanımak gereği de açıktır. Elbette bu kurumun ıslahevi veya eğitsel nitelikte olması da tercih edilmelidir.
29. Yener ÜNVER: “**Çocuk Koruma Kanunu**”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005, ss: 25-42, s.38.

### a. Zarar Kavramı

Burada akla şu soru gelebilir. Ceza Hukukunda hakimin göz önünde bulunduracağı zarar kavramı özel hukuktaki zarar kavramı ile aynı mı olacaktır? Ceza davasında şahsi hakların talep edilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından her suç açısından mağdurun veya kamunun somut bir zararı vardır denemez. Örneğin, Ateşli Silahlar Kanunu'nda düzenlenen “ruhsatsız tabanca taşımak” suçunda sanık tarafından giderilebilecek bir zarar söz konusu olmadığı için sanığın lehine değerlendirilerek bu şart aranmaksızın diğer iki şartın gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Aynı şekilde sahte nüfus cüzdanı kullanmak, izinsiz kenevir ekmek gibi suçlarda da sanığın tazmin etmesi gereken somut bir zarar yoktur.

Bazı suçlar dolayısıyla mağdurun manevi zararının bulunduğu aşıkardır. Manevi zararın sanık tarafından giderilmesi koşulu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında aranacak mıdır? Mağdura karşı işlenmiş olan hakaret, cinsel taciz gibi suçlarda sanığın gidermesi gereken maddi bir zarar yoktur ancak manevi zararının bulunduğu bir gerçektir. Kanun koyucunun aradığı şart manevi zararın giderilmesi değildir. Maddenin amacı sanığın işlediği nedeniyle somut bir zararın oluşması durumunda bunun giderilmesi ve suçtan doğan mağduriyetin giderilerek “onarıcı adaletin” hayata geçirilmesinin sağlanmasıdır.

Sanık meydana gelen zararı gidermeyi istiyor ancak mağdur buna yanaşmıyor ise ne olacak? Burada sanık lehine yorum yapmak gerekir. Zararın giderilmesi koşulu yerine getirilmiş kabul edilir.

Sanık ile mağdur giderilmesi gereken zarar miktarı konusunda uyuşmazlığa düşerler ise ne olacak? Sanığın mağdurun hakim tarafından da yerinde görülen talep ettiği miktarı ödemesi gerekir. Sanık kendisinden istenen zarar miktarının yerinde olmadığını daha az bir miktarı ödemeye hazır olduğunu beyan ettiğinde koşul yerine getirilmemiş sayılmalıdır. Bu husus mağdur açısından zenginleşme aracı olarak kullanılamayacağı gibi, sanığın da fakirleşmesini sağlayacak şekilde kullanılmamalıdır. Burada yeri gelmişken bir hususa daha değinmek gerekir. Suçun işlenmesi ile oluşacak zararın kısmen giderilmesi halinde ne olacaktır? Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması koşullarının aksine bu kurumun uygulanabilmesi için zararın tamamen giderilmesi aranacaktır. Kısmi olarak zararın giderilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bira-

kılmasına karar verilemeyecektir. Bunun ispatında yazılı belgeye gerek yoktur. Mağdurun beyanı dahi yeterli kabul edilmelidir.

### **b. Zararın Giderilmesi Yöntemleri**

Kanunda zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesi ön görülmüştür. Zararın giderilmesi yöntemi işlenen suçun niteliğine göre değişir. Örneğin, hırsızlık veya güveni kötüye kullanma suçlarında suç konusu eşyanın geri verilmesi aynen iadedir. Mala zarar verme suçlarında kırılan camın sağlam olanı ile değiştirilmesi suçtan önceki hale getirme şeklinde gidermedir. Çalınan mal ortada yok ancak sanığın bu eşyanın değerini nakit olarak karşılaması da tazmin suretiyle zararın giderilmesi olarak değerlendirilebilir.

Söz konusu giderim bizzat sanık tarafından giderilmeli midir? Kanunda bu giderimi bizzat sanığın yapması gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmadığı için sanık yerine bir yakınının zararı gidermesi halinde de koşulun gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Kanun koyucunun amacı sanığın işlediği suç nedeniyle mağdura veya kamuya karşı somut bir zararın oluşması durumunda bunun giderilmesi ve suçtan doğan mağduriyetin giderilerek “onarıcı adaletin” sağlanması olduğundan iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklardan birisinin mağdurun veya kamunun zararını karşılaması halinde diğer koşulların da yerine getirilmesi şartıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

### **D. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinde ceza hükmü kurulduktan sonra mı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir yoksa hüküm kurulmadan mı geri bırakmaya dair karar verilecektir?

Bu soruya cevap vermeden önce bu kurumun şartlarını yineleyecek olursak; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar vermeden önce, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit görülmesi ve işlediği suç dolayısıyla hakkında cezaya hükmolunması gerekir. Ancak mahkeme sanık hakkında mahkumiyet kararını kurduktan sonra vereceği kararla, bu mahkumiyet kararının açıklanmasını geri bırakacaktır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde dava derdest olmaya



devam edecektir. 5560 sayılı yasanın 23. maddesi ile değişik CMK'nın 231/10. maddesine göre, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olan sanık denetimli serbestlik süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmadığı ve kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davrandığı takdirde, davanın düşmesine karar verilecektir. Onbirinci fıkra uyarınca ise; sanığın denetimli serbestlik süresi içerisinde işlediği kasıtlı bir suç nedeniyle mahkum olması veya yükümlülüklerine aykırı davranması halinde mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklayacaktır. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanık hakkında kesinleşmemiş bir hüküm vardır ve sanığın sanıklık sıfatı devam etmektedir. Bu nedenle, sanık hakkında bir ceza hükmü kurduktan sonra bu hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunda bir karar verilmelidir<sup>30</sup>.

CMK'nın 231. maddesinin 7. fıkrasına göre; Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, tespit edilen cezanın türü hapis cezası ise bu hapis cezasının ertelenmesine karar verilemeyeceği gibi hapis cezasının kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara da çevrilemeyecektir.

### 1. Denetimli Serbestlik Süresi

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi hâlinde, büyük sanıklar beş yıl, çocuk sanıklar üç yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulur. Bu süre içinde sanığın bir eğitim kurumuna devam etmesine, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

Dikkat edilecek olursa sanığın beş yıl veya üç yıl denetim süresine tabi tutulması ile denetimli serbestlik tedbiri olarak uygulanacak tedbirlerin süresi birbirinden farklıdır. Denetimli serbestlik tedbirlerinin süresi en fazla bir yıl olacaktır. Bir yıldan fazla süre ile denetimli serbestlik tedbirine karar verilemez<sup>31</sup>.

30. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi**, s: 605.; Bkz.: 18.01.2006 – 20.01.2006 Tarihleri Arasında Ankara'da Yapılan Değerlendirme Toplantısında Ele Alınan Konulara İlişkin Notlar, (Çevrimiçi) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat> (Erişim Tarihi: 03.03.2006)

31. **4. CD, 02.10.2007, 2007/8659 Esas-2007/7569 Karar.**

Eğer suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulu çocuğun ailesinin veya sanığın kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması hâlinde; denetimli serbestlik süresince sanığa, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aylık taksitler hâlinde ödenerek tamamen giderilmesi veya suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi hâlinde, mahkemece takdir edilecek miktarda paranın aylık taksitler hâlinde Maliye veznesine yatırılması şeklinde yükümlülüklerden biri yüklenerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

## **2. Denetimli Serbestlik Tedbirleri**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde yetişkin sanıklar beş yıl süreyle, çocuk sanıklar üç yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

- a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,
- b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
- c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir.

Hakim bu tedbirlerden birisine ya da birden fazlasına hükmedebilir. Mahkeme yükümlülük süresini bir yıldan daha az olarak da belirleyebilir. Denetimli Serbestlik Şube Müdürlükleri sanığın deneme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesinin yanı sıra hükmedilebilecek olan bu tedbirler ve yükümlülüklerle uygun davranıp davranmadığını da takip edeceklerdir.

## E. İTİRAZ HAKKI

5560 sayılı yasanın 23. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin onikinci fıkrasına göre; "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.<sup>32</sup>".

Kanunda kimlerin itiraz edebileceği düzenlenmemekle birlikte kanaati-mizce bu hak suçtan zarar gören kişi veya kuruluşlara ait olmalıdır. Yapılacak itiraz 5271 sayılı CMK'nın 268-271. maddelerine göre incelenecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı ilamdaki cezaya ilişkin kararın CMK'daki genel hükümlere göre kesin olması halinde dahi bu özel düzenleme nedeniyle itiraz yolu açıktır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması dışında bir karar verildiğinde ya da buna ilişkin bir talebin reddi halinde genel kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararı inceleyecek olan denetim makamı neleri dikkate alabilecektir? CMK'da bu hususta bir düzenleme yoktur. CMK'nın 271. maddesinin 2. fıkrasına göre; İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir. İtirazı yerinde görmezse zaten reddedecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin bir karara karşı, "mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği" gerekçesiyle ya da "suçun niteliğine yönelik ve dolayısıyla cezanın yanlış belirlendiği ve verilmesi gereken ceza miktarı itibarıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecek bir karar olduğu" iddiasıyla ve dolayısıyla CMK'nın 231. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığına ilişkin bir gerekçe ile itiraz edilmesi halinde itiraz mercii sadece kanunda sayılan şekli şartların varlığına bakarak mı bir karar verecektir? İtiraz mercinin sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından şartların oluşup oluşmadığı hususunu denetleyebileceği, verilen cezanın miktarını belirleme açısından yetkisi olmadığı yönünde Yargıtay kararı<sup>33</sup> vardır.

32. "...5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23/1. maddesine göre verilen ve davayı sonuçlandırıcı nitelikte olmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara karşı aynı kanunun 23/7. maddesine göre itiraz yolu açık olup, temyiz olanağı bulunmadığından dosyanın incelenmek-sizin mahalline iadesi için dosyanın Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığına tevdiine" **(6. CD., 06/12/2006, 2006/7692Es-2006/19680Kr.)**

33. "Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararına karşı, 5395 sayılı kanunun 23/7. madde ve fıkrası uyarınca itiraz edilebileceği hükmü karşısında, sanık müdafii itirazı üzerine sadece hük-

Gerçekten de CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen itiraz, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı açısındandır. Bu kanun yolu suçun sübutuna, nitelendirilmesine, kanuni ve takdiri indirim nedenlerinin varlığına ilişkin hukuka aykırılıkları kapsamaz. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra denetimli serbestlik süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi veya hakim tarafından öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranmaktan dolayı açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına ilişkin karar ya da değiştirilerek yeniden verilecek mahkumiyet kararı verilen cezanın niteliği ve miktarına göre (kesin olmadığı takdirde) temyiz (istinaf) yoluna tabidir. Yukarıda bahsedilen hukuka aykırılıklar temyiz (istinaf) aşamasında incelenerek düzeltilecektir. Bu nedenle denetim makamı sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı yönünden inceleme yapması gerekir.

#### **F. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ SONUÇLARI**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir<sup>34</sup>. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tara-

---

mün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı yönünden inceleme yapılması yerine sanık hakkında belirlenen cezaya ilişkin olarak yazılı gerekçe ile itirazın kabulüne karar verilmesi," (8. CD.,2006/5860Es-2006/6504Kr.)

34. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 01.01.2006 Tarihli ve 62 Nolu Genelgesinin 12. maddesine göre, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca verilecek kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin olarak düzenlenecek talî karar fişlerinde
- Kimlik bilgilerinin T.C. Kimlik numarası da yazılmak suretiyle eksiksiz olarak doldurulması,
  - Suç tarihinin yazılması,
  - Kararların 5395 sayılı Kanun hükümlerine dayandığının (14) numaralı sütunda mutlaka belirtilmesi,
  - Diğer sütunların boş bırakılması,
  - Bu şekilde düzenlenecek bildirme fişlerinin üç gün içerisinde doğrudan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, gerekmektedir.
- Aynı genelgenin 13. maddesi uyarınca, Cumhuriyet başsavcılığınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiğinde (12) numaralı sütuna erteleme kararını veren Cumhuriyet başsavcılığı, (13) numaralı sütuna ise; erteleme tarihi hazırlık ve karar numaraları ceza mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde ise; aynı sütunlara mahkeme adı, erteleme tarihi, esas ve karar numaralarının yazılması, gerekmektedir. 14. maddeye göre ise, Adli sicil müdürlükleri veya şefliklerince 5395 sayılı Kanun uyarınca verilen kararlara dair adli sicil bilgilerinin sadece

ından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir<sup>35</sup>. Getirilen bu düzenlemenin kişisel verilerin korunmasına yönelik Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu sistemine de uygun olduğu göz önüne alındığında gayet yerinde bir düzenleme olduğu açıktır<sup>36</sup>.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların tali karar fişi düzenlenerek Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderilmesi gerekir.

### 1. Denetimli Serbestlik Süresinin Başarılı Geçmesi

5395 sayılı ÇKK'nun değişiklikten önceki 23. maddesinin beşinci fıkrasına göre; İşlediği suçtan dolayı hükmün açıklanmasının beş yıl süreyle ertelendiği çocuk denetimli serbestlik süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmadığı ve yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, hakkında açılan davanın düşmesine karar verilir idi. Çocuğun denetim süresi içerisinde taksirle işlenmiş bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olması veya kasıtlı bir suçtan dolayı adli para cezasına mahkum olması veya kısa süreli hapis cezasının alternatif yaptırımlara çevrilmesi durumunda denetimli serbestlik süresi başarılı geçmiş sayılır, hakkında açılan davanın düşmesine karar verilir idi.

—  
soruşturma ve kovuşturma konusu olan işler nedeniyle Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemeler tarafından istenmesi halinde verilmesinin gerekmektedir.

Ayrıca 5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu'nun "Diğer bilgilerin kaydı" başlığını taşıyan 6. maddesine göre, "(1) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde verilmek üzere, kaydedilir." Aynı doğrultuda "Arşiv bilgilerinin istenmesi" başlığını taşıyan 10. maddeye göre, "(3) Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir." Düzenlemeleri vardır. (Çevrimiçi) [www.adli-sicil.gov.tr/Genelgeler/genelge\\_9.htm](http://www.adli-sicil.gov.tr/Genelgeler/genelge_9.htm); [www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/](http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/), (Erişim tarihi: 07.04.2006).

35. Genel Kurul'un 29 Kasım 1985 tarih ve 40/33 sayılı kararıyla kabul edilen, "**Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kurallar**"'ın 21.1. maddesine göre; Çocuk suçlulara ilişkin kayıtlar kesinlikle gizli tutulmalı ve üçüncü kişilerin bilgisine kapalı olmalıdır. Kayıtların ayrıntıları sadece davaya bakmış veya konuyla görevi gereği ilgilenmiş yetkili kişilerle sınırlı tutulmalıdır.

21.2 Çocuk suçlulara ilişkin kayıtlar aynı çocuğu ilgilendiren yetişkinlere ait davalarda kullanılmamalıdır. (Çevrimiçi), [www.bianet.org/2004/12/01\\_c/bm\\_cocuk\\_adaleti\\_standart.doc](http://www.bianet.org/2004/12/01_c/bm_cocuk_adaleti_standart.doc)

36. Ünver, "**Çocuk Koruma Kanunu**", s.38.

5560 sayılı yasanın 23. maddesi ile yeniden düzenlenen 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin onuncu fıkrasına göre ise; "Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir." hükmü getirilmiştir. Bu durumda artık çocuk olsun büyük olsun tüm sanıkların denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlememeleri veya yükümlülüklerine aykırı davranmadıkları halinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak hakkında açılan davanın düşmesine karar verilecektir. İşlenen suçtan sonra hükmolunan cezanın türü ve miktarı önemli değildir.

Hakim, üç yıllık veya beş yıllık denetim süresi sonunda dava dosyasını re'sen ele alarak sanığın kasıtlı bir suç işlemediği veya denetimli serbestlik yükümlülüklerine uyduğunu saptadıktan sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı ortadan kaldırır ve sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesine karar verir. Verilecek bu karar duruşma açılarak verilmeli ve temyiz (istinaf) yolu açık olmalıdır.

## **2. Denetimli Serbestlik Süresinin Başarılı Geçmemesi**

5395 sayılı ÇKK'nun değişiklikten önceki 23. maddesinin altıncı fıkrasına göre; çocuğun denetimli serbestlik süresi içinde işlediği hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeniyle mahkûm olması veya yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklar idi. Ancak mahkeme, yükümlülüklerin yerine getirilme durumunu göz önünde bulundurarak, çocuk hakkında belirlenen cezada yarı oranına kadar indirim yapıyor idi.

5560 sayılı yasanın 23. maddesi ile yeniden düzenlenen 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin onbirinci fıkrasına göre ise; "Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir." Bu durumda artık çocuk olsun büyük olsun tüm sanıkların denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemeleri veya yükümlülüklerine aykırı davranma-

ları halinde açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır. İşlenen suçtan sonra hükmolunan cezanın türü ve miktarı önemli değildir.

Kanun koyucunun aradığı husus denetimli serbestlik süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesidir. Kanaatimizce denetimli serbestlik süresi içerisinde işlenen kasıtlı bir suçtan dolayı sanığın ayrıca mahkum olması da aranmalıdır. Çünkü bir kimsenin suç işleyip işlemediğini değerlendirmek için hakkında soruşturma ve gerekirse yargılama yapılmalıdır. Kişinin gerçekten suç işleyip işlemediği ancak bu şekilde anlaşılabilir. O halde, her ne kadar kanun kasıtlı suç işlemekten bahsetse de, kanımızca bu suçtan sanığın ayrıca mahkûm olması da gerekir. Eğer işlenen kasıtlı suçtan mahkûmiyet beş yıllık veya üç yıllık denetimli serbestlik süreleri içerisinde gerçekleşmemiş dahi olsa, bu durum hükmün ortadan kaldırılıp kaldırılmamasında önemli değildir. Mahkûmiyet tarihi denetimli serbestlik süresinin bitmesinden sonra verilmiş olsa dahi geriye dönük olarak suç tarihi denetimli serbestlik süresi içinde gerçekleşmiş olacağı için açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır.

Açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanacağı durumlardan biri de uzlaşma gereklerinin sanık tarafından yerine getirilmemesidir. 5560 sayılı yasanın 25. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 254. maddesinin ikinci fıkrasına göre; "...Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır."

Hakim tarafından ister bir değişiklik yapılmadan geri bırakılan kararın açıklanması halinde, isterse değişiklik yapılarak yeniden kurulan hüküm duruşmalı olarak verilmelidir. Sanığın lehine bir durumun bulunup bulunmadığını, sanığa verilen cezada bir değişiklik yapıp yapılmayacağını hakimin tespit etmesi için duruşma açılmalıdır. Bu şekilde verilen cezanın ve güvenlik tedbirlerinin niteliğine ve miktarına göre verilen ve açıklanan hüküm açısından temyiz (istinaf) yolu açık olacaktır.

## **G. YARGILAMA GİDERİ**

5560 sayılı yasanın 27. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 325. maddesinin 2. fıkrasına göre; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması hallerinde de bütün yargılama giderleri sanığa yüklenecektir. Katılanın duruşmalarda kendisini bir vekille temsil ettirmesi durumunda katılan

lehine avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca vekalet ücretine hükmedilecektir. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ancak sanığın suçunun sübutu halinde verilebilir.

## **H. KARARININ UYGULANMASI**

18.04.2007 tarihli ve 26497 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği’nin 79. ve devamı maddelerinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kayıt işlemleri, yerine getirilmesi, kararın ihlali durumunda kaydın kapatılması hususları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Ancak adı geçen yönetmeliğin 112. maddesinin 2. fıkrasına göre; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde yükümlülük belirlenmemesi halinde ilam şube müdürlüğü veya büroya gönderilmeyerek Cumhuriyet başsavcılığınca takip edilecektir.

### **1. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kayıt işlemleri**

18.04.2007 tarihli ve 26497 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği’nin 79. maddesine göre; 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması hâlinde mahkemece verilen karar Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Sanık hakkında yükümlülük belirlenmesi halinde, karar Cumhuriyet başsavcılığınca denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya iletilir.

Şube müdürlüğü veya büro tarafından; yetişkinler için verilen kararlar denetimli serbestlik defterine, çocuklar için verilen kararlar çocukların denetimine ilişkin deftere kaydedilir.

### **2. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yerine getirilmesi**

18.04.2007 tarihli ve 26497 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği’nin 80. maddesine göre; 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesinin sekizinci fıkrasının;



- a) (a) bendi gereğince verilen sanığın bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesi kararı bu Yönetmeliğin 34, 35, 36 ve 37 nci maddesine,
- b) (b) bendi gereğince verilen sanığın bir meslek veya sanat sahibi olması halinde bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması kararı bu Yönetmeliğin 50, 51, 52 ve 53 üncü maddesine,
- c) (c) bendi gereğince verilen sanığın belli yerlere gitmekten yasaklanması, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınması kararı bu Yönetmeliğin 38, 39, 40 ve 41 inci maddesine göre infaz edilir.

### **3. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ihlali ve kaydın kapatılması**

18.04.2007 tarihli ve 26497 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği’nin 81. maddesine göre; Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi durumunda, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak, evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

Denetleme planına uyulmadığının bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde, sanık denetleme planına uyması yönünde uyarılır. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

### **SONUÇ**

TBMM Adalet Komisyonu raporunda da belirtildiği üzere yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanundaki düzenlemesi itibariyle, erteleme, bir koşullu atıfet kurumu niteliği taşımakta idi. Buna göre, deneme süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmemesi halinde, “mahkumiyet vaki olmamış” sayılmakta idi. Keza, erteleme, sadece hapis cezası açısından değil, “ertelemenin bölünmezliği” kuralı gereğince, diğer bütün ceza hukuku yaptırımları

bakımından da, kural olarak, aynı sonucu doğurmakta idi. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sisteminde ise, erteleme, sadece hapis cezasına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, yeni sistemde artık “ertelemenin bölünmezliği” kuralından söz etmek mümkün değildir. Hapis cezası açısından bir infaz rejimi olarak kabul edilen ertelemede, hükümlü, denetim süresi zarfında kasıtlı yeni bir suç işlemediği ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davrandığı takdirde, hakkında hükmolunan “hapis cezası” infaz edilmiş sayılacaktır. Şayet hakkında hapis cezasının yanı sıra ya da sadece adli para cezasına veya güvenlik tedbirine hükmedilmişse, adli para cezası ve güvenlik tedbirleri bakımından erteleme söz konusu olmayacaktır. Bu durum, ertelemeyi hükümlü açısından, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistemindeki düzenlemeye nazaran daha ağır sonuçlar doğuran bir kurum haline getirmiştir. Bu nedenle kurumlar arasındaki dengeli geçişi sağlamak amacıyla, Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni mevzuatımızda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, bir kurum olarak düzenlenmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır.

Kişi hakkında başlatılan ceza muhakemesinin sonucunda suçu işlediğinin sabit görülmesine rağmen, mahkeme tarafından kişi hakkında mahkumiyet hükmü kararının açıklanmasının geri bırakıldığı, öngörülen koşullara belli bir süre zarfında riayet edilmesi halinde fail hakkında mahkumiyet kararı verilmesinden tamamen vazgeçilip, açılmış olan kamu davasının düşmesine karar verilen bu sistem, kişinin damgalanma sürecinin ertelenmesi ve sabıkalı hale gelmemesi açısından oldukça çağdaş bir yaklaşımı sergilemektedir.

Özellikle usul ve furu veya eşe karşı yaralama suçlarında yaralamanın mağdur üzerindeki etkisi basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif derecede olması durumunda dahi kovuşturma şikayete bağlı olmayıp mağdurlar sanık hakkında şikayetten vazgeçse dahi yargılamaya devam edilerek hüküm kurulmaktadır. Bu tür suçlarda taraflar kendi aralarında barışmalarına rağmen kovuşturmaya devam edildiğinden, sanığa 6 ay hapis cezası verilmesi veya 3.600,00 YTL adli para cezası verilmesi taraflar arasındaki kabuk bağlamaya yüz tutmuş yaraların tekrar açılmasına sebebiyet verdiği için meslektaşlarda da vicdani rahatsızlığa neden olabiliyordu. Koşulların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sanık ile mağdur arasında oluşan barış

ortamını perçinlemekte, mağdurun beş yıllık veya üç yıllık huzurlu bir hayat geçirmesine yardımcı olmaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesinde, ceza ertelense dahi verilen karar sabıka kaydına işlendiğinden sanığın günlük hayattaki yaşayacağı olumsuzlukların önüne geçilmesi mümkün değildir. Oysa ki hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ile suçu sabit olan sanıklar için mahkûmiyet kararı tesis edilmekte ancak bu karar hukuki bir sonuç doğurmadığından olumsuz etkileri de görülmemektedir. Dolayısıyla bu kurum, hapis cezasının ertelenmesi kurumuna göre sanığın daha lehinedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının itiraza tabi olması, kesinleşmesini ve hayata geçirilmesini hızlandırmaktadır. Cezanın sanık üzerindeki etkilerinin bir an önce görülmesi ve öngörülen tedbirlerin hayata geçirilmesi sonucunda sanığın daha kısa sürede yoksunluklarla karşılaşması cezanın olası etkilerini açısından temyize tabi kararlara göre daha yararlıdır. İşlenen suçun sonuçlarını bir ay sonra hissetmek ile üç yıl sonra hissetmek elbetteki farklı olacaktır.

Son olarak bu hususta karar verecek olan meslektaşların da tabi olduğu terfi sisteminin de bir an önce gözden geçirilmesi gerekmektedir. İki yıllık terfi döneminde Yargıtay denetiminden kırk iş geçirilmesi kıstasının hiçbir mantıki izahı yoktur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının itiraza tabi olması ve dolayısıyla Yargıtay denetiminden geçmeyecek olması şartları tutsa dahi soyut bir takım gerekçelerle “sanık hakkında bu kurumun uygulanmasına takdire yer olmadığına” şeklinde karar verilmesine neden olmakta, bu durum da meslektaşları vicdanen yaralamaktadır. Gerek bu kurumun işlevsel hale getirilmesi gerekse Yargıtay’daki iş yükünün azaltılması açısından hakim ve savcılar hakkında uygulanan terfi sisteminin bir an önce revize edilmesi şarttır.

### KAYNAKÇA

**Artuç Mustafa**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl. 3, Sayı: 21, Mayıs 2008, ss: 107-126.

**Artuk, M. Emin – ÇINAR Ali Rıza**, Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, TBB, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004.

**Artuk, Mehmet Emin-Ahmet Gökçen- Ahmet Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2006.

**Artuk, Mehmet Emin-Yenidünya, Ahmet Caner**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi, Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999.

**Çınar, Ali Rıza**: Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitapevi, Ankara, Haziran 2005.

**Demirbaş, Timur**, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

**Demirbaş, Timur**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara Kasım 2005.

**Dönmezer, Sulhi**, “Suç Siyaseti”, İHFM, (2-4 Ekim 1984 Tarihinde Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Sempozyumuna Sunulan Tebliğ).

**Dönmezer, Sulhi**, “Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazında Milletlerarası Standartlar”, Türkiye’nin İnfaz Rejimi Sempozyumu (18 Ocak 1997), T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 1997, ss: 11-29.

**Dönmezer, Sulhi**, İnsan Hakları ve Cezaların İnfazı Paneli. İstanbul: Ekonomik ve Sosyal Etüdler Konferans Heyeti Yay., 1990, ss. 9-12.

**Dönmezer, Sulhi - Sahir, Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Genel Kısım. Cilt 2-3, 10. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 1994.

**Erdem, Mustafa Ruhan**, “Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış”, (Anayasa Mahkemesinin 39.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri), Anayasa Yargısı, Sayı 18.

**Erdem, Mustafa Ruhan**, “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”, İnfaz Hukukunun Sorunları (Sempozyum, 14-15.11.2000), Ankara, 2001.

**Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2006.

**İçel, Kayıhan**, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976). İstanbul: Sermet Matbaası, 1977.

**İçel, Kayıhan, Sokullu-Akıncı Füsun, Özgenç İzzet, Sözüer Adem, Mah-**

**mutoglu Fatih S. ve Ünver Yener**, Suç Teorisi, 2. Kitap, 3. Bası, İstanbul: Beta Yay., 2004.

**İçel, Kayıhan, Sokullu-Akıncı Füsün, Özgenç İzzet, Sözüer Adem, Mahmutoglu Fatih S. ve Ünver Yener**, Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul: Beta Yay., 2000.

**İçel, Kayıhan - Ünver Yener**, Uygulamalı Ceza Hukuku, Yaşayan Ceza Hukukunu Öğretme ve Öğrenme Yöntemleri, 2. Bası, Beta Basım Yayın, 2006.

**İnce, Hüseyin**, Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Alternatif Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

**Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1992.

**Önder, Ayhan**, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963.

**Özbek, Veli Özer**, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Şubat 2006.

**Özbek, Veli Özer**, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2005.

**Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 3. Baskı, Ankara 2006.

**Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2006.

**Sokullu-Akıncı, Füsün**, Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul: 1999, ss.327-341.

**Sokullu-Akıncı, Füsün**, "Onarıcı Adalet ve Yeni Türk Ceza Kanunu", Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005, ss: 1-10.

**Ünver, Yener**, "Çocuk Koruma Kanunu", Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, XIV. Dünya Kriminoloji Kongresinde Sunulan Tebliğler, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005, ss: 25-42.

**Ünver, Yener**, T.C. Adalet Bakanlığı, 21. yy'a Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu, (21-22 Ocak 2000), Ankara 2001.

**Uğur, Hüsamettin**, "Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2007, Sayı: 73, ss:256-288,

**Yüce, Turhan Tufan**, Ceza Hukukunun Temel Kavramları. Ankara: Turhan Kitapevi, 1985.

**Yücel, Mustafa Tören**, Suç ve Ceza (Kriminoloji), Ankara: Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yay., 1986.

**Yücel, Mustafa Tören,** “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaya Alternatifler Dünyadaki Görünüm”, Adalet Dergisi, Yıl: 1987/1-2, ss: 95-100.

“Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri)”, (Çevrimiçi),

[www.bianet.org/2004/12/01\\_c/bm\\_cocuk\\_suclulugunun\\_onlenmesi\\_yonlendirici\\_ilkeleri](http://www.bianet.org/2004/12/01_c/bm_cocuk_suclulugunun_onlenmesi_yonlendirici_ilkeleri).

“Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kurallar (Beijing Kuralları)”, (Çevrimiçi),

[www.bianet.org/2004/12/01\\_c/bm\\_cocuk\\_adaleti\\_standart.doc](http://www.bianet.org/2004/12/01_c/bm_cocuk_adaleti_standart.doc)

## Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Temel Sorunlar ve Öneriler

Mualla Buket Soygüt Arslan\*

### GİRİŞ

Adliyenin her geçen gün artan iş yükü, ceza muhakemesinde alternatif uyuşmazlık çözümü arayışlarına neden olurken; mağdurun konunun güçlendirilmesi ihtiyacı da onarıcı ceza adaleti anlayışının gelişmesine neden olmuştur. Her iki amaca hizmet etmesi düşünülen uzlaşma kurumu, dünyadaki gelişmelere uygun olarak Türk hukukundaki yerini ilk defa 2005 yılında almıştır.<sup>1</sup> Ancak karşılaştırmalı hukukta olduğunun aksine, pilot uygulamalar ve kriminolojik araştırmalar yapılmaksızın yürürlüğe konulan uzlaşma, yaygın uygulama alanı bulmamıştır.<sup>2</sup> Uzlaşmanın taraf muhakemesi anlayışına dayanan Anglo-Amerikan sisteminin bir ürünü olması, söz konusu araştırmaların önemini ortaya koymaktadır. Zira, kamu davasının mecburiliği, maddi gerçeğin araştırılması, resen araştırma, delillerin doğrudan doğruyalığı ve sözlülük ilkelere dayalı olan Kıta-Avrupası sisteminin geçerli olduğu hukukumuzda, uzlaşma gibi cezai uyuşmazlığın çözümünü tarafların iradesine bırakan bir usulün benimsenmesinin kolay olmayacağı açıktır.<sup>3</sup>

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1. Uzlaşma, hukukumuzda ilk defa 2005 yılında yürürlüğe konulan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun mülga 73/8.maddesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253, 254 ve 255.maddeleri ve 5397 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesi ile uygulamaya konulmuştur.
2. "Uygulamada, uzlaşmanın zorluklar yarattığı, soruşturmada şikayetçi kişinin aranmasının zaman kaybettirdiği, karakollarda şüpheli ile şikayetçinin anlaşılmasına çalışıldığı, bunun kamuoyunda yanlış izlenimler yarattığı, pahalı olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedendir ki, TCK ve CMK'nın yürürlüğünden bu yana uzlaşmanın çok az uygulandığı, çabukluk yaratmadığı, adalet sisteminin gereksiz yere zaman kaybettiği belirtilmiştir." BAYRAKTAR Köksal, "Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler ve Uzlaşma", Cumhuriyet Gazetesi, 2.12.2006
3. Öte yandan, 756 sayılı TCK döneminden beri uygulanan önödeme kurumu ve 5237 sayılı TCK'da düzenlenen C.Savcısına kamu davasını açmada takdir yetkisi tanıyan hükümlerle (171.madde) kamu davasının mecburiliği ilkesinin yumuşatılması, hukuk sistemlerindeki yakınlaşmayı göstermektedir.

Mevzuatta 2006 yılında yapılan değişiklikler<sup>4</sup> de usul yönünden önemli boşlukları doldurmakla birlikte, uzlaşmanın doğasından kaynaklanan temel sorunları giderici nitelikte değildir. Hatta, bazı yeni hükümler, özellikle sanık hakları bakımından uzlaşmayı daha da sakıncalı hale getirmiştir.

Adalet Bakanlığı'nca, özellikle uygulamacıların eğitilmesine ve toplumsal bilinç oluşturulmasına yönelik "Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi"nin<sup>5</sup> yürütölmekte olması umut vericidir. Ancak, gerek uzlaşmanın doğasından gerekse kanun ve uygulamadan kaynaklanabilecek olan temel sorunlar giderilmedikçe yürütölmekte olan çalışmaların amacına ulaşması mümkün görünmemektedir.

Bu çalışmada kısaca, söz konusu temel sorunlar ortaya konulmakta ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunmaktadır.<sup>6</sup>

### TEMEL SORUNLAR VE ÖNERİLER

- **Uzlaşmaya tabi suçların kapsamı** öğretilde başından beri eleştirilmiştir.<sup>7</sup> Gerçekten uzlaşmanın (5560 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce) yalnızca şikâyete bağlı suçlarda uygulanabilmesi, uzlaşmaya göre çok daha masrafsız ve kolay bir yol olan şikâyetten vazgeçme

- 
4. 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe konulan 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle TCK'nın 73/8.maddesi yürürlükten kaldırılmış; CMK'nın 253 ve 254.maddelerinde, ÇKK'nın 24.maddesinde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.
  5. Adalet Bakanlığı ile Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı Türkiye Temsilciliği (UNDP) arasında 31/12/2007 tarihinde Projeye ilgili Memorandum of Understanding (MO\J)-Mutabakat zaptı imzalanmıştır. Proje hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.cigm.adalet.gov.tr/Duyuru/uzlasma\\_bilgi\\_notu.doc](http://www.cigm.adalet.gov.tr/Duyuru/uzlasma_bilgi_notu.doc)- (Erişim Tarihi: 5.6.2008)
  6. Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYGÜT ARSLAN Mualla Buket, Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2008
  7. Öğretildeki hâkim görüş, uzlaşmanın sadece şikâyete tabi suçlar bakımından kabul edilmiş olmasının, şikâyetten vazgeçmenin tıpkı uzlaşma gibi soruşturmanın veya kovuşturmanın sona erdirilmesi sonucunu doğurması ve aynı zamanda uzlaşmaya nazaran daha basit bir usul olması sebebiyle, uygulanma olasılığını düşürdüğüne işaret etmekte idi. Bkz. YILDIZ Ali Kemal, "Uzlaşma-Şikâyet ilişkisi", Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arkan Yayınları, İstanbul, 2005, syf. 277; ÖZBEK Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara, Seçkin, 2005, syf. 1001; ZAFER Hamide, "Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK 73/8)", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2, syf. 135. Mevzuatımızdaki mevcut haliyle uzlaşmanın, şikâyetten feragat ve vazgeçme kurumlarından farklı bir işlev gördüğü ve bu nedenlerle re'sen kovuşturulan bazı suçlar bakımından da kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. ÜNVER Yener, "Deliller ve Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, İstanbul 2005, Sayı:32, syf. 2906; YILDIZ A.K., "Uzlaşma-Şikâyet İlişkisi", syf. 277; ÖZBEK V.Ö., CMK İzmir Şerhi, syf. 999; YENİSEY Feridun,



karşısında işlevsiz kalmasına neden olacaktır. Öte yandan yapılan kanun değişikliğiyle uzlaşmaya tabi suçların kapsamının genişletilmesi<sup>8</sup> de yerinde olmamıştır. Zira, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde kararlaştırılan edimin ifa edilmesi ile suçla bozulan toplumsal barışın eski haline getirildiği düşünülüyor olduğundan suç hiç işlenmemiş gibi kabul edilir. Bu noktada suçla korunan hukuki değer önem kazanmaktadır.<sup>9</sup> Her suçun toplum düzenini ve barışını bozma derecesi aynı değildir; bunlardan düzeni bozma etkisi çok olan suçlar bakımından mağdurun menfaatleri ön planda tutulmamalıdır.<sup>10</sup> Kanunda bazı suçların uzlaşmaya elverişli olmadıkları gözden kaçırılmıştır.<sup>11</sup>

“Ceza Muhakemesinde Uzlaşma” (Uzlaşma Konu Başlıkları), Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005, syf. 52; NUHOĞLU Ayşe, “Uzlaşma Bakımından Şikâyete Tabi Suçlar”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005, syf. 283. 2003 tarihli CMUK Tasarısı’nda olduğu gibi uzlaşmanın “iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren ve mala karşı suçlar ile ceza süresine bakılmaksızın taksirle işlenen suçlarda” uygulanmasının daha yerinde olacağı görüşü için bkz. ÖZBEK V.Ö, Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2004, Sayı 2, syf. 122

8. CMK’nın 5560 sayılı Kanunla değişik yeni 253/1.maddesine göre uzlaşma, şikâyet bağlı suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan; kasten yaralama (üçüncü fıkrâ hariç, madde 86; madde 88), taksirle yaralama (madde 89), konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkrâ hariç, madde 239) suçlarında uygulanabilir. TCK’nin 253/3.maddesine göre ise şikâyete tabi olsa bile etkin pişmanlık öngörülen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar uzlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır.
9. Bu itibarla, uzlaşmaya tabi bir suçun bir başka suçla birlikte işlenmesi halinde uzlaşmanın uygulanıp uygulanmayacağı Uzlaşma Yönetmeliği’nin 7/4. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm, yerinde olarak “uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçu işlemek amacıyla ya da bu suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceğini” öngörmektedir. Örneğin; uzlaşmaya tabi olan konut dokunulmazlığının ihlali suçunun adam öldürmek için işlenmesi halinde uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır.
10. Uzlaşmaya tabi suçlarla ilgili olarak yapılması düşünülen değişiklikler arasında şikâyete bağlı suçların yanı sıra “taksirli adam öldürme” ve “kötü muamele” gibi suçlarda da uygulanması bir dönem gündeme gelmiştir. Kanaatimizce yaşam hakkı gibi temel bir insan hakkını ihlal eden ve verilen zararın tamirinin mümkün olmaması nedeniyle ağır bir suç olan adam öldürme suçlarının taksirli halinde dahi, uzlaşma kabul edilmemelidir. Özellikle trafik kazalarının yol açtığı taksirle öldürme suçlarında cezanın genel önleme fonksiyonu, uygulamada yeterli etkinliğe ulaşmаса da, mağduriyetin giderilmesi karşısında daha üstün bir kamu menfaatine hizmet etmektedir. Aksi durumun kabulü, başka bir deyişle bu tür suçlarda taraf iradelerine üstünlük tanınması, ülkemizde kanayan bir yara olan ölümlü trafik kazalarının daha da artmasına neden olabilecektir. Benzer şekilde, uluslararası sözleşmelerce düzenlenen, vücut bütünlüğüne ve insanlık onuruna karşı eylemlerin cezalandırılmasını öngören “kötü muamele” suçu ve benzeri suçlarda da uzlaşma kabul edilmemelidir.
11. Örneğin, 5237 sayılı TCK’nın bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla cebir ve şiddet kullanılması suçunu düzenleyen 150.maddesinde, uygulanacak hükümler hakkında tehdit veya

Ayrıca, failin karşı karşıya olduğu ceza tehdidinin ağırlığı, suçlu olmasa dahi yargılamanın sıkıntılarından ve cezadan kurtulma düşüncesiyle uzlaşmayı kabulüne yol açabilir. **Uzlaşmanın şüpheli/sanığın savunma hakkını kullanmaktan vazgeçmesine neden olabilecek bu hassas durumu, yalnızca basit suçlarda uygulanmasına imkân vermektedir. Zira, şüpheli veya sanığın ancak ceza tehdidinin ağır olmaması halinde özgür bir iradeyle uzlaşma ile yargılanma arasında seçim yapması mümkün olabilir. Üstelik sayma yöntemi yerine “suçun ağırlığı ve cezanın miktarı” veya suçla korunan “hukuki değer” gibi objektif bir ölçütün benimsenmesi, kanun önünde eşitlik prensibi bakımından da daha uygun olacaktır. Ancak, suçla korunan hukuki değer belirlenmesinde yalnızca kanunun sistematikliğini ölçüt almak yeterli olmaz; esas itibarıyla o suçla ihlal edilen menfaatin ortaya konulması gerekir. Örneğin; suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçu (TCK m. 165) her ne kadar malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olsa da korunan hukuki değer itibarıyla adliye karşı işlenen bir suçtur. Böyle bir suç ihdas edilmesinin amacı suç işlenmesinin önlenmesidir, dolayısıyla esas mağduru da kamudur. Ayrıca burada kiminle uzlaşılacağı da kanaatimizce belirsizdir.**

Tüm bu nedenlerle uzlaşma, “suçla korunan hukuki değer” ölçütü dikkate alınmak üzere hafif suçlarda uygulanmaya müsaittir. Örneğin; sadece adli para cezasını gerektiren<sup>12</sup> veya hapis cezasının üst sınırı

---

kasten yaralama suçuna göndermede bulunulduğundan uzlaşmaya tabidir. Her ne kadar maddenin başlığı “daha az cezayı gerektiren hal” olsa ve kanunda yağma suçundan hemen sonra düzenlenmiş olsa da, söz konusu eylem 756 sayılı TCK’nın 308.maddesinde düzenlenen “kendiliğinden hak alma” suçunun bir çeşididir ve bu suç esas itibarıyla adliye karşı işlenen bir suçtur. Toplumumuzda fazlaca işlenen bu tür suçların hafifletici neden sayılmasının yanı sıra uzlaşmaya tabi kılınması cezanın genel önleme işlevini bertaraf etmektedir. Kanunkoyucunun “alacağı tahsil amacını” kanunun birçok yerinde hafifletici neden olarak düzenlemek suretiyle benimsemiş olduğu ve kanaatimizce yerinde olmayan suç politikası burada da kendini göstermektedir.

12. Sadece adli para cezasını gerektiren suçlar TCK’da önödeme tabi suçlardandır ve TCK’nın 75/1 maddesine göre önödeme, uzlaşma kapsamı haricindeki suçlarda uygulanabilir. Önerildiği gibi uzlaşmanın sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanması halinde önödeme kurumu, bu suçlar tarafından tamamen bertaraf edilmiş olur. Ancak öğretide savunulduğu gibi uzlaşmanın başarısız olması halinde önödeme de uygulanabilmelidir. Bkz CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Ocak 2008, syf. 463; KAYMAZ Seydi/GÖKCAN Hasan Tahsin, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Ön Ödeme, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2.Bası 2007, syf. 211 vd.

bir yıldan fazla olmayan suçlarda<sup>13</sup> uygulanması düşünülebilir. Önerilen suçlarda “tutuklama yasağı” bulunması (CMK m.100/4), “uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmiş olmasının soruşturma konusu suçla ilişkin koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel olmayacağı” (CMK m. 253/8) hükmünün yaratabileceği sıkıntıyı da giderecektir.<sup>14</sup>

- 5237 sayılı TCK'nın mülga 73/8. maddesinde uzlaşma “**suçu kabullenme**” koşuluna bağlıydı. Onarıcı adalet anlayışının bir getirisi olarak kabul edilen uzlaşma usulünde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasından ziyade suçtan doğan zararın sorumluluğunun üstlenilmesiyle ilgilenildiğinden, şüpheli/sanığın suçu veya sorumluluğu kabul etmesinde sakınca görülmemiştir. Ancak, ceza yargılamasında inandırıcı delillerle desteklenmedikçe tek başına mahkûmiyete esas alınmayan ikrar beyanına, yargının iş yükünün hafifletilmesi, yargılamanın süratle gerçekleşmesi, suçluluğun ispatındaki güçlükler, yargılama süreçlerinin yol açtığı gecikmelerin önlenmesi gibi faydacı gerekçelerle sözleşmesel nitelik kazandırılması<sup>15</sup> kişi özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren ceza hukuku bakımından sakıncalıdır.

Nitekim 5560 sayılı Kanunla, TCK'nın 73.maddesinin 8.fıkrasının yürürlükten kaldırılması ve CMK'nın 253.maddesinde yapılan değişikliklerle şüpheli veya sanığın suçu kabulü şartı kaldırılmış, yerine yalnızca “uzlaşmayı kabul etmesi”nden söz edilmiştir. Bu değişiklik yerinde olmakla birlikte, tek başına uzlaşmanın doğasından kaynaklanan sorunları (şüpheli/sanığın uzlaşmayı kabul etmediği takdirde bir ceza tehdidi altında olması, cezanın diğer olası hukuki ve toplumsal sonuçları nedeniyle psikolojik bir baskı unsuru haline gelmesi gibi) ortadan kaldırmak için yeterli değildir.<sup>16</sup> Bu noktada **özgür iradenin**

13. Hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda CMK'nın 171.maddesindeki diğer koşulların gerçekleşmesiyle hâlihazırda kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkündür. Bu noktada C.Savcısına uzlaşma veya kamu davasının ertelenmesi hususunda takdir yetkisi verilmelidir.

14. Bkz. aşağıda syf. 92-93

15. Uzlaşmanın sözleşmesel niteliğe sahip olduğu görüşü için bkz. DECAMPS Jacqueline, “La Présomption D'innocence Entre La Vérite et La Culpabilité”, Doktora Tezi, C:I, Pau, 1998 syf. 70

16. “Uzlaşmanın doğası” ile anlatılmak istenen, uzlaşmanın sözleşmesel niteliği gereği aslında “suçun veya sorumluluğun kabulü” ile işleyebileceğidir. Nitekim, yabancı hukuklarda (örneğin Kanada hukukunda) arabuluculuk faaliyetleri, esas itibarıyla failin “suçu kabullenmesi” koşulu ile yürütül-

**sağlanması** önem kazanmaktadır. Kanunda “görüşmelerin gizliliği”(CMK m. 253/11), “uzlaşma müzakereleri sırasında yapılan açıklamaların herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılması yasağı”(CMK m. 253/20)<sup>17</sup> gibi özgür iradeyi sağlamaya yönelik bir takım tedbirler alınmıştır. **Ancak kanunda, söz konusu bilgi ve belgelerin dava dosyasından çıkartılmasını öngören bir hüküm bulunmamaktadır.**

**“Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”<sup>18</sup>in (kısaca Uzlaşma Yönetmeliği) 19/3 maddesinde öngörülen “Uzlaştırıcı tarafından gerekli görülmesi hâlinde tutulan tutanak veya notlar, kapalı bir zarf içerisinde Cumhuriyet savcısına verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından mühür ve imza altına alınan kapalı zarf dosyada muhafaza edilir. Bu zarf, sadece uzlaştırıcı tarafından düzenlenen ve Cumhuriyet savcısı tarafından mühür ve imza altına alınan raporun sahteliği iddiası dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlığı gidermek amacıyla delil olarak kullanılmak üzere açılabilir” hükmü de mutlak bir güvence sağlamayıp takdiri uzlaştırıcıya bırakmaktadır.** Ayrıca, **önemi itibarıyla böyle bir güvencenin mutlaka kanunda yer alması gerekmektedir.** Kaldı ki, uzlaşmaya ilişkin bilgilerin dava dosyasından çıkartılması sağlansa bile iddianamenin iadesi nedenlerinden birinin “uzlaşmaya tabi işlerde uzlaşma usulünün uygulanmaması” olması nedeniyle hâkimin, önüne gelen davada daha önce uzlaşmanın uygulandığı bilgisine sahip olması kaçınılmazdır. Her ne kadar

---

mektedir. Ancak, çoğunlukla yargılama sonrasında gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Söz konusu faaliyetlerin yargılama organları dışındaki kuruluşlarca yürütülmesi özellikle görüşmelerde ortaya konulan bilgi ve belgelerin gizliliğiyle ilgili ortaya çıkabilecek pek çok sorunu başından önlemektedir. Elbette, uzun süreli uygulama da, kurumun yerleşik hale gelmesini ve uygulamacılar tarafından benimsenmesini sağlamıştır.

17. 5560 sayılı Kanundan önce CMK'nın “aleyhe delil olarak kullanma yasağını düzenleyen 253/6.maddesinde söz konusu yasağın yalnızca “bazı olayları ve suçu ikrar etmiş olması” ile sınırlı tutulmuş olması eleştiri konusu idi. Söz konusu hükmün, uzlaşmayla ilgili tüm bilgi ve belgeleri kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmekte; aksi halde sanık veya şüpheli, görüşmelerde ortaya koyacağı bilgi ve belgelerden hangilerinin aleyhine delil olarak kullanılacağını, hangilerinin kullanılmayacağını bilemeyeceğinden, görüşmelerin sağlıklı bir şekilde sonuca ulaşması mümkün olmayacaktı. Neyse ki, 5560 sayılı Kanunla söz konusu hüküm değiştirilmiştir.
18. 26.7.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazete için bkz. <http://www.rega.basbakanlik.gov.tr/> - 19k (10.3.2008)

görüşmelerde daha önce ortaya konulmuş olan beyan ve belgeler aleyhe delil olarak kullanılamasa bile, şüphelinin yalnızca uzlaşma görüşmelerinde bulunmayı kabul etmiş olması dahi (uzlaşma girişimi başarısızlıkla sonuçlandığında hakkında dava açılması halinde) hâkimin önyargıya sahip olmasına neden olabilir. **Bu sorunu aşmak için kimi yazarlarca savunulan “davaya başka bir mahkeme tarafından bakılması”<sup>19</sup> veya “C.Savcısının da dosyadan çekilmeyi isteme hakkı tanınması gerektiği”<sup>20</sup> yönündeki öneriler yerinde olmakla birlikte, uzlaşmaya ilişkin bilgilerin dava dosyasından çıkartılması sağlanmadıkça hâkimin tarafsızlığının sağlanması bakımından yeterli olmayacaktır. Söz konusu bilgi ve belgelerin ayrı bir sistemde tutulması gerekir. Ayrıca bu durumun hâkimin tarafsızlığını etkilememesi için yapılacak hizmet içi eğitimlerle “uzlaşmanın suçu kabul anlamına gelmediği” uygulamacılara benimsetilmelidir.**

- Uzlaşmaya tabi suçların büyük bölümünü şikâyete tabi suçlar oluşturmaktadır. Ancak, **şikâyet koşulu usulüne uygun gerçekleştirilse dahi C.Savcısı kendisine yapılan her şikâyeti doğrudan uzlaştırmaya yönlendirmemelidir.** Burada değinmemiz gereken önemli nokta, C.Savcısının uzlaşma teklifini yapmadan önce dava açmak için **yeterli şüphe** olup olmadığını araştırması gerektiğidir.<sup>21</sup> İddianame düzenlenmesi için temel bir şart olan “soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması” kuralı uzlaşma bakımından açıkça öngörülmemiş olsa da, aranması gereken bir koşuldur (CMK m. 170). Aslında CMK’nın 5560 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 253.maddesinin 1.fıkrasında “*yapılan soruşturmanın durumuna göre*” ibaresinin bu duru-

19. YENİSEY Feridun/MAZZO Stephen/READ Tom, Uzlaşma, İstanbul Barosu Cep Kitapları, CMK 1, 2005, syf. 64

20. KAYMAZ Seydi/GÖKCAN Hasan Tahsin, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Ön Ödeme, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1.Bası 2005, syf. 121 vd.

21. YENİSEY F, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, syf. 248, ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, İstanbul, 2006, syf. 297, YENİSEY F./MAZZO S./READ T., syf. 58; ÇULHA Rıfat, “Uzlaşma”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arkan Yayınları, İstanbul 2005, syf. 48, ERSOY Uğur, Ceza Hukukunda Uzlaşma, Hukuk Gündemi Dergisi, Ağustos, 2005, Sayı:2, syf. 67 vd.; YILDIZ A.K., “Uzlaşma-Şikâyet İlişkisi”, syf. 278; ZAFER H., “Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması”, syf. 129

mu ifade etmek üzere kullanıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla C.Savcısının uzlaşma teklifini, gerekli delilleri toplayıp kamu davası açmak üzere soruşturmayı sonlandırmadan önceki aşamada yapması gerekir. Zira, uzlaşmanın gerçekleşmesi ile soruşturma, uzlaşmaya dayalı olarak sonlandırılacak ve verilen kovuşturamama kararı *ne bis in idem* etkisi doğuracağından, artakalan delillerin toplanmasından vazgeçilecektir.<sup>22</sup> **“İnsan hakları ve dava ekonomisi bakımından önemli olduğu kadar vatandaşlara bahşedilen özgürlüklerin de bir ölçeri olan yeterli şüphe ölçütünün”<sup>23</sup> uygulanması, uzlaşma sırasında masum kişilerin suçu üstlenmesini engellemek bakımından önemli bir denetim işlevi görecektir.** Bu itibarla 5560 sayılı Kanunla değişik 253. ve 254.maddelerde “yeterli şüphe” ölçütüne yer verilmemiş olması talihsizliktir. Bu konudaki kaygımızın kaynağı, 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde uygulamada C.Savcılarının muhakeme şartlarını gözden geçirmekle yetinmeleri, buna karşılık delillerin mahkûmiyeti sağlamaya yeterli olup olmayacağı konusunda değerlendirme yapmamayı mutlak hale getirmiş olmalarıdır.<sup>24</sup> Bu durumu engellemek için 5271 sayılı CMK ile “iddianamenin iadesi” kurumu getirilmiştir. Ancak, uzlaşmanın çoğunlukla soruşturma aşamasında uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda yeterli şüphe ölçütünün önemi daha da iyi anlaşılmaktadır. Hatta, söz konusu güvencenin masum kişilerin sorumluluğu üstlenmesini önlemek bakımından “kuvvetli şüphe”ye dönüşürülmesi de düşünülmelidir.

- Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)’nın 24.maddesi uyarınca **çocuklar bakımından uzlaşma yetişkinlerle aynı hükümlere tabi kılınmıştır.** Bu durum da, günümüz çocuk yargılamasına hâkim olan “*soruşturma ve kovuşturmanın çocuğun durumuna uygun özel ibtimam gösterilmesi, kararların alınmasında ve uygulanmasında çocuğun yaşına ve gelişimine uygun, eğitiminin ve öğreniminin, kişiliğinin ve toplumsal sorumluluğunun geliştirilmesinin desteklenmesi*” gibi temel ilkeler göz ardı edilmektedir. **Karşılaştırmalı hukukta**

22. ÜNVER Y./HAKERİ H., age, syf. 306

23. YÜCEL Mustafa, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Sosyolojisi, <http://www.cankaya.edu.tr/eng/publications/487b.doc> (Erişim Tarihi: 1.2.2006)

24. CENTEL/ZAFER, syf. 442

**olduğunun aksine, uzlaşmanın çocuk bakımından bir eğitim kurumuna devamının sağlanması veya bir meslek kazandırılması gibi eğitici ve ıslah edici bir boyutunun olmaması ciddi bir eksikliklerdir. Yargılama yapılması halinde çocuk hakkında hükmedilmesi gereken böyle bir tedbir, uzlaşma sürecinde göz ardı edilmektedir.** Uzlaşma Yönetmeliği'nin 20/ç maddesine göre edimin konusu *“şüpheli/sanığın topluma faydalı birey olmasını sağlayacak bir programa katılması gibi diğer bazı yükümlülükler altına girilmesi”* olarak kararlaştırılabilir. Ne var ki, içeriği çok da belirgin olmayan böyle bir tedbir, ancak tarafların anlaşması halinde söz konusu olacaktır. Mağdurun eğitim düzeyi veya benzeri sebeplerle, şüpheli veya sanık çocuk hakkında böyle bir tedbir uygulanmasının önemini anlayamayacak durumda olması halinde ise, uygulamada yalnızca maddi giderimle yetinilmesi olasıdır.

**Bu itibarla, 2253 sayılı mülga Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 24.maddesinde *“şikâyetin geri alınmasının, küçüklere ilişkin tedbirlerin uygulanmasına engel olmadığı”* şeklindeki hükmün, 5395 sayılı ÇKK'ya alınmaması ve ayrıca uzlaşma bakımından da böyle bir hükmün getirilmemesi ciddi bir hata olmuştur.**<sup>25</sup> Öte yandan, uzlaşma halinde çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı kabul edilse bile genel olarak güvenlik tedbirleri bakımından sorun teşkil eden bir husus daha göze çarpmaktadır. TCK'nın çocuklara özgü güvenlik tedbirleri konusunda, 56.maddesi ile yollamada bulunduğu 5395 Sayılı ÇKK'nın 11.maddesinde *“bu kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılacağı”* düzenlenmiştir. “Suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olan” çocuklar bakımından ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>26</sup> Bu eksikliğin öncelikli olarak giderilmesi gerekmektedir.

25. ÜNVER Y., “Çocuk Koruma Kanunu”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2005, s.29

26. ÜNVER Y., “Çocuk Koruma Kanunu”, syf. 29; EVİK Ali Hakan, Çocuk Koruma Kanunu Hakkında Düşünceler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, syf. 197. Aynı durum gerekçede de tekrar edilmiştir



Mevcut hükümlerden ÇKK'nın 5.maddesinde düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, “suça sürüklenen” ve “uzlaşmayı kabul eden” çocuklar bakımından da uygulanması mümkün olabilirse de; kanımızca bu konuda açık bir hüküm getirilmesi gerekmektedir. Uzlaşmaya göre daha hafif suçlarda uygulanabilen ve daha sıkı koşullara bağlanan kamu davasının açılmasının ertelenmesi/hükümün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasında bile, hakkında kamu davası ertelenen çocuğun denetim altına alınabilmesine karar verilebilecekken (ÇKK m.36), uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde yalnızca mağdurun zararının giderilmesiyle yetinilecek, çocuk hakkında herhangi bir tedbir uygulanmayacaktır. Bu durumun, failin işlemiş olduğu suçun mağdurda yarattığı etkiyi uzlaşma sürecinde algılayarak bir daha suç işlemeyeceği varsayımından kaynaklandığı düşünülebilir. Ancak böyle bir varsayımın her zaman gerçeğe dönüşmeyeceği olgusu karşısında hâkime bu tür tedbirleri uygulayabilme konusunda takdir yetkisi verilmesi gerekir. Sadece mağdurun zararının giderilmesine odaklanmak suretiyle çocuğun ıslahı ve eğitimi göz ardı eden bir uzlaşma anlayışı kabul edilemez.

**Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için sanığın fiili işlediğinin sabit olması ve bu nedenle kovuşturmanın sonlandırılması gerekmesine karşın,<sup>27</sup> uzlaşma sonucunda fiili sabit olmayan şüpheli/sanık çocuğa özgü koruyucu ve destekleyici nitelikteki tedbirlerin uygulanabilmesi gerekir. Burada masumiyet karinesinden ziyade çocuğun korunması ve ıslah edilmesi amacı üstün tutulmalıdır.<sup>28</sup> Bu durumun masumiyet karinesi bakımından yaratacağı sakınca da,<sup>29</sup> yukarıda belirtildiği üzere “uzlaşmanın sanığın suçluluğu hakkında *kuvvetli şüphe* bulunması halinde uygulanabilmesi” koşulunun getirilmesiyle kısmen giderilebilir.**

27. Çocukların ceza ehliyetlerinin bulunmadığının anlaşılması halinde de muhakeme yapılacağı ve ancak sanığın fiili işlediğinin sabit olması halinde ceza yerine emniyet tedbirine hükmolunacağı görüşü için bkz. ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, syf. 876.

28. Aynı yönde bkz. EVİK A.H., syf. 197; YENİSEY Feridun, “Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi IV, Seçkin, Ankara, 2005, syf. 22

29. Ceza kovuşturması yapılmaksızın, diğer bir deyişle suçlu olup olmadığı anlaşılmaksızın kişi hakkında tedbir uygulanmasının “masumiyet karinesi” ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. ÜNVER, “Deliller ve...”, syf. 26.



- 5560 sayılı Kanunla yapılan değişlikle, **C.Savcısının uzlaştırmacı atamak yerine uzlaştırmayı bizzat yürütebilmesi imkânı** getirilmiştir. Her ne kadar, C.Savcısına kanunla “*sanığın sadece aleyhindeki değil lehindeki delilleri de toplama ve şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü*” verilmiş olsa (CMK m. 160/2) ve ayrıca ceza muhakemesinde “*iddia ile savunma arasındaki ilişkinin maddi gerçeğe ulaşmak için yürütülen bir işbirliği ilişkisi olduğu*”<sup>30</sup> kabul edilse de; bu durum C.Savcısının iddia makamı sıfatını sürdürmesini ve bu sıfattan kaynaklanan yetkilerini kullanmasını engellemez. Bu nedenle de **şüphelinin, uzlaşmanın başarılı olmaması ve hakkında dava açılması ihtimali karşısında, CMK’nın 253/8.maddesi uyarınca aynı zamanda aleyhine delil toplayan C.Savcısı önünde iradesini özgürce ortaya koyması çok mümkün olamayacaktır. C.Savcısına böyle bir yetki verilmesi uzlaşmayı, adeta ABD, İngiltere ve Kanada’da sıklıkla uygulanan ve adil yargılanma hakkı bakımından son derece sakıncalı olan, “itiraf pazarlığı” yöntemine dönüştürecektir. Söz konusu düzenleme, uluslararası belgelerde kabul edilen “uzlaştırmacının tarafsızlığı ve bağımsızlığı” ilkelerine de aykırılık teşkil etmektedir.**
- 5560 sayılı Kanunla, uzlaştırmacı ile C.Savcısı arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir hüküm getirilmiştir. Buna göre “*uzlaştırmacı, müzakere sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet Savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet Savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir*” (CMK m. 253/14). Bu hüküm uzlaştırmacının bağımsızlığı bakımından tartışılması gereken bir düzenlemedir. **Uzlaştırmacının C.Savcısıyla irtibat halinde olması olağan karşılanabilirse de, talimat alması doğru olmayacaktır.** Zira, öncelikli sorun, böyle bir talimatın içeriğinin belirsiz olmasıdır. Maddenin ifadesinden, C.Savcısının yetkisinin, “uzlaşma sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olduğu” düşünülebilirse de, aynı kanun değişikliğiyle uzlaştırmayı bizzat gerçekleştirebilme yetkisiyle donatılan C.Savcısının bu yetkiyi daha geniş bir şekilde kullanması mümkündür. Bu durum da, uzlaştırmacı atanmasını anlamsız kılacağı gibi, C.Savcısının uzlaştırmayı bizzat gerçekleştirmesi konusunda belirttiğimiz sakıncaları gündeme getirecektir. Kaldı ki, müzakere teknikleri, beden dili ve benzeri ko-

---

30. CENTEL/ZAFER, syf.118

nulardaki özel becerisi ile uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunması beklenen uzlaştırmacının izlenecek yöntem konusunda da, hukuka uygun davranmak koşuluyla, serbest olması gerekir.

- 5560 sayılı Kanun değişikliğinden önce uzlaşma sürecinin başlatılması halinde soruşturmanın sürdürülmeyeceği (CMK m. 253/3) öngörül-müş idi. Bu durumda delillerin toplanmasına devam edilemeyeceği anlaşılmakta; bu süreçte koruma tedbiri uygulanması veya uygulan-makta olan koruma tedbirlerinin kaldırılıp kaldırılmayacağı konusun-da ise açık bir hüküm bulunmamakla birlikte soruşturma askıya alın-mış olduğundan koruma tedbirlerinin uygulanamayacağı veya uygu-lanmakta olanların kaldırılması gerekeceği sonucuna varılmakta idi.

Buna karşılık, 5560 sayılı Kanunla CMK'nın 253/8. maddesinde yapı-lan değişiklikle, **“uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmiş olmasının soruşturma konusu suçla ilişkin delil-lerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel olmayacağı” düzenlenmiştir.** Böylece, uzlaşma sürecinin başlatılmasına eskisinden farklı bir hukuki sonuç bağlanmıştır. **Söz konusu hüküm, uzlaşmanın gerçekleşmemesi ihtimaline bina-en delillerin karartılmasının önlenmesi ve soruşturmanın sıh-hatinin sağlanması bakımından zorunlu olmakla birlikte, uz-laşma sürecinde özgür iradenin sağlanması bakımından çeşitli sakıncalar doğurabilir.** Örneğin, hakkında tutuklama koruma ted-birine başvuru şüphelinin, tutuklu bulunduğu sırada olası bir mahkûmiyetin sıkıntılarını hâlihazırda tecrübe etmesi, isnadolunan suçu işlememiş olsa dahi onu uzlaşmaya yöneltebilecektir. Yukarıda önerildiği gibi uzlaşmanın sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda uygulan-ması, anılan suçlarda “tutuklama yasağı” bulunması nedeniyle söz konusu sakıncayı da giderecektir.

Bir başka sakınca, C.Savcısının uzlaştırma işlemini bizzat yapması ha-linde söz konusu olacaktır. Bu durumda C.Savcısı bir yandan delille-ri toplamaya devam ederken, şüphelinin görüşmeler sırasında özgür-ce konuşabilmesi pek mümkün olmayacaktır. Görüşmelerin gizliliği kuralı (CMK m.253/13) ile görüşmelerde yapılan açıklamaların aley-he delil olma yasağı (CMK m.253/20) da, söz konusu durumun yara-tacağı psikolojik baskıyı gideremeyecektir. Bu nedenle, C.Savcısının

uzlaştırmayı bizzat gerçekleştirmemesi gerektiği ve 5560 sayılı Kanunla böyle bir imkânın getirilmiş olmasının da yerinde olmadığı yönündeki görüşümüzü tekrar etmekte fayda görmekteyiz.

- CMK'nın 5560 sayılı Kanunla değişik 253/4. maddesi, **uzlaşma teklifinin C.Savcısının talimatı üzerine adli kolluk görevlisi tarafından da yapılabilmesi** imkânını getirmiştir. Bu durum da, CMK'nın 253/5.maddesinde düzenlenen uzlaşmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin sonuçları bakımından “aydınlatma yükümlüğü”nün uygulamada, ülkemizde ayrı bir teşkilata sahip olmayan adli kolluk tarafından yapılmasına neden olacaktır. **Uzlaşma, henüz hâkim ve savcılar bakımından dahi yeterince tanınmayan bir kurum iken, uzlaşmanın mahiyeti ve sonuçları hakkında kolluğun, tarafları aydınlatma yükümlülüğünü ne derecede yerine getireceği şüphelidir.**
- **5560 sayılı Kanun, “uzlaşma teklifini reddetmiş olan tarafların daha sonra CMK'nın 253/9.maddesi uyarınca atanmış bir uzlaştırmacı olmaksızın da bir araya gelerek uzlaşmaları”na hukuki bir sonuç bağlamıştır (CMK m.253/16).** Tarafların kendi aralarında hazırlayacakları uzlaşma belgesi, C.Savcısı tarafından edimin hukuka uygunluğu ve tarafların özgür iradeleriyle oluşup oluşmadığı noktasında denetlenecektir. Ancak böyle bir denetimin nasıl yapılacağı belirli değildir. Kanunda geçen “Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler” ifadesinden tarafların birlikte başvurması gerektiği anlaşılmaktadır. C.Savcısının taraflarla yüz yüze görüşmeden ve özgür iradeleriyle uzlaştıklarına kani olmadan uzlaşma belgesini onaylamaması gerekir.

Yine de, uzlaşma sürecini idare ve takip eden, belirli nitelik ve yükümlülükler taşıyan bir uzlaştırmacı aracılığıyla gerçekleştirilen uzlaşma işlemlerinde dahi tarafların iradelerinin sıhhatini sağlamanın zorluğu karşısında, adliye dışında veya uzlaştırmacısız gerçekleşecek bir anlaşmanın denetimi daha güç olacaktır. Bu durum da, **uzlaşmanın güçlü olan taraf veya üçüncü kişilerce veya mafya vb. örgütlerce baskı unsuru olarak kullanılmasına** neden olabilir. Söz konusu baskının mağdura yönelik olması olasılığında, uzlaşma *ratio legis*'ine aykırı olarak mağdurun bir kez daha mağdur olmasına yol açmış olur.

- **Uzlaşmanın cezanın özel önleme fonksiyonu gibi bir etkiyi yeterli derecede yerine getiremeyebilecek olması da, bu kurumun kötüye kullanılmasına neden olabilecek bir diğer husustur.** Her ne kadar uzlaşma ile failin eyleminden doğan sonuçları algılaması ve bir daha suç işlememesi beklense de, böylesi bir sonuç her zaman için gerçekleşmeyebilecektir. **Bu nedenle, kişi hakkında daha önce işlemiş olduğu bir suçun soruşturması veya kovuşturmasının uzlaşma ile sonuçlanmasının ardından, tekrar tekrar suç işlenmesi halinde uzlaşma uygulanması imkânına bir sınır getirilmelidir.** Örneğin Kanada hukukunda kişi hakkında daha önce başka bir suç nedeniyle bir onarıcı adalet programı uygulanmış olması halinde, aynı kişiye sonradan işlediği suç nedeniyle bir hak daha tanınmaktadır. Ancak üçüncü kez suç işlemesi halinde yargılama yapılmaktadır.
- CMK'nın 254/1.maddesine göre kovuşturma aşamasında uzlaşmanın uygulanabilmesi "kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde" uygulanabilir. Kanunun sınırlayıcı hükmü karşısında ve Uzlaşma Yönetmeliği'nin 25/1. maddesi<sup>31</sup> de göz önünde bulundurulduğunda **"adreste bulunmama, yurtdışında olma veya başka bir nedenle kendisine ulaşamayan şüpheli veya mağdur/suçtan zarar gören bakımından uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma işlemi sonuçlandırılacağından (CMK m. 253/6)"** bu kişiler bakımından kovuşturma aşamasında uzlaşmanın uygulanması mümkün görünmemektedir. **Bu durum, kanun önünde eşitliğe aykırılık teşkil etmekte ve adalet duygusunu zedelemektedir.** Gerçekten uzlaşma yalnızca yargılamayı hızlandırıcı bir araç değil; aynı zamanda sanık ve mağdur bakımından bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle CMK'nın 254/1.maddesinin ifadesi, bunları da kapsayacak biçimde değiştirilmelidir.

31. Söz konusu düzenlemeye göre, Kamu davası açıldıktan sonra aşağıdaki durumların varlığı hâlinde, uzlaştırma işlemleri soruşturma aşamasında belirtilen esas ve usule göre, mahkeme tarafından yapılır: a) Kovuşturma konusu suçun hukukî niteliğinin değişmesi nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması, b) Soruşturma aşamasında uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk olarak mahkeme aşamasında anlaşılması, c) Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin doğrudan doğruya mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tâbi bir failin varlığı, ç) Mahkeme aşamasında kanun değişikliği nedeniyle failin uzlaşma kapsamına girmesi.

- Eski hükümlerden farklı olarak CMK'nın 253.maddesinin 19.fıkrasına göre **edimin def'aten yerine getirilmesinin yanı sıra, yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması (ertelenmesi), takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi imkânı da getirilmiştir. Ödeme gücüne göre taraflara kolaylık sağlayan böylesi hükümlerin getirilmesi uzlaşmanın niteliği itibariyle yerinde olmuştur.** Yine 5560 sayılı Kanunla, CMK'nın 171.maddesinde düzenlenen "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" ve CMK'nın 231.maddesinde düzenlenen "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" usulleri, edimin def'aten yerine getirilmemesi (ertelenmesi, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi) halleri bakımından uzlaşmayı tamamlayıcı kurumlar olarak kanundaki yerini almıştır. Ancak burada da uygulamada tereddüte neden olabilecek bir husus görülmektedir.

Edimin ertelenmesi, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde soruşturma aşamasında kamu davasının ertelenmesi, kovuşturma aşamasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceğini belirtmiştik. Ne var ki, **kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra erteleme veya geri bırakma süresinde edimin yerine getirilmesi halinde nasıl bir karar verileceği 253. ve 254.maddelerde açıklanmamıştır.** Genel kuraldan hareket edildiğinde, soruşturma aşaması için CMK'nın 171.maddesine göre kovuşturmaya yer olmadığı, kovuşturma aşamasında ise CMK'nın 231/10. maddesine göre davanın düşmesi kararı verilecektir. Bu durumda doğrudan 171.madde veya 231.madde hükümlerinin uygulanması (ve 253.maddede 171/4.maddesindeki koşulların, 254.maddede de 231/11.maddesindeki koşulların aranmayacağı şeklinde açık bir hüküm de bulunmaması) sebebiyle "erteleme veya geri bırakma süresinde kasıtlı bir suçun işlenmemiş olması" koşulunun aranması gerekeceği sonucuna ulaşılmaktadır. **Bir başka ifade ile erteleme veya geri bırakma süresince edimin ifa edilmesi nedeniyle "kovuşturmaya yer olmadığı" veya "hükmün açıklanması" kararı verilebilmesi için yalnızca ifa yeterli olmayacak, ayrıca kasten başka bir suç işlenmemiş olması da aranacaktır.<sup>32</sup> Ancak böyle bir**

32. KAYMAZ Seydi/GÖKCAN Hasan Tahsin, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Ön Ödeme, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2.Bası 2007, syf. 191

**sonuç, uzlaşmanın mahiyetine ve kanunkoyucunun amacına aykırı olacaktır. Zira, edimin takside bağlanması, ertelenmesi veya süreklilik arz etmesi imkânı kanunkoyucu tarafından şüpheliye tanınan bir hak iken ve adliyenin artan iş yükünü azaltmak için genel olarak uzlaşmayı yaygınlaştırma amacı da göz önünde bulundurulduğunda, edimi bir kerede yerine getiren şüpheli veya sanık ile kısım kısım veya daha sonra yerine getiren şüpheli veya sanık arasında böyle farklı bir uygulamanın istenmeyeceği düşüncesindeyiz.** Uygulamada tereddüte yol açacak bu durumun kanun değişikliği ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

### SONUÇ

Uzlaşmanın gerek doğasından gerek mevzuattan kaynaklanan eksikliklere ve sorunlara karşın, her suçta soruşturma ve kovuşturma mecburiyetinin kabul edilmesinin ve dolayısıyla mahkemelerin ağır iş yükü altında basit suçlarla uğraşmasının, ağır nitelikli suçlarda yeterli araştırmanın yapılmamasına neden olduğu; bunun da sanık, mağdur, toplum ve yargılama süreçleri bakımından iyi sonuçlar doğurmadığı ortadadır. Bu nedenle ceza yargılamasında basitleştirilmiş usullere yer verilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Ancak, mağdurun ceza yargılamasındaki durumunun ve mağduriyetin giderilmesinin uzun yıllar ihmal edilmiş olması ve mağdurun sanık karşısında korumasız halde kalmasına yol açan gelişim süreci, bugün aynı hatanın sanık bakımından yapılmasına neden olacak bir hal almamalıdır. Başka bir deyişle mağduriyetin giderilmesi yönündeki çabalar, sanığın tarihsel süreç içinde pek çok mücadelelerle elde edilen, özellikle savunma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmamalıdır.

Bu itibarla, uzlaşmaya tabi suçların kapsamı yeniden düzenlenmeli; ayrıca şüpheli veya sanığın uzlaşmayı özgür iradesiyle kabul etmesini sağlamak bakımından gerekli tedbirler alınarak kanuna ve uygulamaya yansıtılmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- Bayraktar Köksal**, “Ceza Kanunu’ndaki Değişiklikler ve Uzlaşma”, Cumhuriyet Gazetesi, 2.12.2006
- Centel Nur, Zafer Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Bası, İstanbul, Ocak 2008
- Çulha Rifat**, “Uzlaşma”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005, syf. 41-61
- Ersoy Uğur**, “Ceza Hukukunda Uzlaşma”, Hukuk Gündemi Dergisi, Ağustos, 2005, Sayı:2, syf. 65-69
- Evik Ali Hakan**, “Çocuk Koruma Kanunu Hakkında Düşünceler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, syf. 188-189
- Kaymaz Seydi, Gökcan Hasan Tahsin**, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Ön Ödeme, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2.Bası 2007
- Kaymaz Seydi, Gökcan Hasan Tahsin**, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Ön Ödeme, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1.Bası 2005
- Nuhoglu Ayşe**, “Uzlaşma Bakımından Şikâyete Tabi Suçlar”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005, syf. 281-284
- Özbek Veli Özer**, “Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2004, Sayı 2, syf. 116-125
- Özbek Veli Özer**, CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesinin Kanununun Anlamı, Ankara, Seçkin, 2005,
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006
- Soygüt Arslan Mualla Buket**, Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2008
- Ünver Yener**, “Çocuk Koruma Kanunu”, Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2005 s. 25-41
- Ünver Yener**, “Deliller ve Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul 2005, Sayı:32, syf. 2885-2913
- Ünver Yener, Hakeri Hakan**, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, İstanbul, 2006
- Yenisey Feridun**, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma” (Uzlaşma Konu Başlıkları), Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005, syf. 247-255
- Yenisey Feridun**, “Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi IV, Seçkin, Ankara, 2005, syf. 19-47

**Yenisey Feridun, Mazzo Stephen, Read Tom**, Uzlaşma, İstanbul Barosu Cep Kitapları, CMK 1, 2005

**Yıldız Ali Kemal**, “Uzlaşma-Şikayet ilişkisi”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005, syf. 259-280

**Yücel Mustafa**, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Sosyolojisi”, [www.cankaya.edu.tr/eng/publications/487b.doc](http://www.cankaya.edu.tr/eng/publications/487b.doc) (Erişim Tarihi: 1.2.2006)

**Zafer Hamide**, “Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK 73/8)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/2, syf. 119-141



## Müstehcenlik Kadınlar ve İfade Özgürlüğü

Av. Özgür Erbaş\*

### GİRİŞ

*Bir kadın ve hukukçu olarak, müstehcenlik üzerine ne zaman düşünmeye başladığımı tam olarak hatırlamıyorum. Ancak düşünmeye başladığımda, ilk fark ettiğim, düşünemiyor olduğumdu. Kelimeyi kavrayamıyordum. Çünkü ne anlama geldiğini bilmiyordum. İnsanın üzerine üzerine gelen bir kelimeydi; ayıpla, edeple hatta biraz zorlayarak cinsellikle ilgili olabileceğini tahmin ediyordum. Hepsi bu! Eğer iyi Arapça ya da Osmanlıca bilmiyorsanız, denemenizi öneririm. Müstehcen nedir, diye kendinize sorun.*

*Bunun üzerine önce kavramın peşine düşmem gerektiğini anladım. Her şeye en başından yani kelime kökeninden başlamalıydım. Türk Dil Kurumu'nun Internet sitesine girdim. SONUÇ: "Sıfat, Arapça. Açık saçık, edebe aykırı, yakışsız. Örnek: Müstehcen yayın."*

*Bağlantılı olabileceğini düşündüğüm, cinsel, seksüel, seks, şehvet hatta kösnül kelimelerinin karşılıklarından hiçbiri müstehceni açıklamaya yetmedi. Üstelik bu gezinti sırasında karşıma çıkan tek Türkçe sözcük eşey'di; o da biyoloji alanından bir isim olarak veriliyordu. Nihayet Ferit Devellioğlu imdada yetişti.<sup>1</sup>*

*Müstehcen: (Hücnet'den) İstihcân edilmiş, açık saçık, edepsizce (olan). İlgili sözcük ise perde-bîrûnâne. Bu da utanmazcasına, açık saçık (söz) anlamına geliyor.*

*Gelelim hücnet ve istihcân'a. İstihcân, çirkin bulma, ayıplama demek. Hücnet ise üç anlama sahip. Birincisi, ayıp, noksan, kusur. İkinci-si sözdaki ayıp ve üçüncüsü de bayağılık, soysuzluk ve karışıklık. Müstehcin ise istihcân eden, çirkin, kötü, fena gören demek.*

\* Avukat. İstanbul Barosu

1. Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi Yayınları, 24. Baskı, 2007

*Müstehcen kelimesinin İngilizce karşılıklarına bakmaya karar verdiğimde, nasıl bir yola saptığımın tam olarak farkında değildim elbet. Bawd, unchaste, obscene ilk aramada çıkanlar oldu.<sup>2</sup> Bawd İngiliz diline 1513'te girmiş bir sıfat. Açık saçık, seksle ilgili, terbiyesiz gibi anlamlarının yanında deli dolu, eğlenceli gibi karşılıkları da var. Obscene ise 1593'te Fransızca'dan İngilizce'ye girmiş. Latince kökenli bir sıfat. İngilizce karşılıklarından biri ise unchaste. İşte bu kelimeyle birlikte meselelerin başka bir boyutuna geçmeye başladım. Unchaste, başına olumsuz un- takısı almış, chaste kelimesinden geliyor; 13. yüzyıl İngilizce'sine Fransızca ve Latince'den girmiş bir sıfat. Chaste bozulmamış, iffetli, yasaklanmış cinsel ilişkide bulunmayan, saf, süssüz, erdemli, temiz, bakire anlamlarına geliyor. Bir kelimenin sırtına bu kadar yük fazla değil mi?*

*Şimdi iki kelimenin etimolojik kökenini de yazarak bu kimilerine sıkıcı gelebilecek girişi sonlandıracağım. Bawd: Sefih amaçları olan, satıcı ya da satıcısız kadın.*

*Chaste: Tertemiz, lekesiz, bozulmamış bakire. Aksi hal ise "iğrenç" kelimesiyle aynı karşılığa sahip.<sup>3</sup>*

*Yani müstehcen, çirkin bulunmuş, ayıplanmış anlamına gelen bir sıfat. İşte bu öznesini arayan sıfatın içini dolduranlarsa ifade özgürlüğü bağlamında, polisler, savcılar ve yargıçlar ve son olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndaki "uzmanlar" oluyor.*

### **KARARI KİM NEYE GÖRE VERİYOR?**

Müstehcen'in sıfat olduğunu belirledikten sonra, bu sıfatın altının ne ile nasıl doldurulduğuna kısaca bakmak gerekiyor. Sonuçta ne 765 Sayılı TCK'nun 426. maddesinde ne de 5237 Sayılı TCK'nun 220. maddesinde bir tanım var.

Peki uygulamada neler tartışılıyor, değerlendirmeler neye göre yapılıyor? Yargıtay kararlarını tarayabildiğim kadarıyla –ki yaklaşık 30 karar bulabildim– Türkiye'de müstehcenlik iddiasıyla açılan davalar, tartışmalar ve verilen kararların hem yıllar içerisinde çeşitlendiğini hem de tartışmanın derinleştiği söylenebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun

2. [www.seslisozluk.com](http://www.seslisozluk.com)

3. Chambers's Etymological Dictionary, W.&R. Chambers, Ltd. 1945

18.03.1974 günlü ve Esas No.1973/5-575 Karar No.1974/170 numaralı kararında müstehcen nitelikte kartpostal tabedip satışı arz etmekten sanıklar C.M. ve M.M. T.C.K.nun 426, 59, 427 ve 647 sayılı kanunun 4. maddeleri gereğince mahkumiyetlerine ilişkin mahkeme kararının özel dairece bilirkişi raporlarına göre suç konusu kartpostalın Efes müzesindeki “Tanrı Bes” heykeline ait olduğu ve bu nedenle müstehcen sayılamayacağı nazara alınmadan verilen mahkumiyet kararının bozulduğu ve yerel mahkemenin bazı gerekçeler ileri sürerek kararında direndiği belirtilerek, şu gerekçeyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir:

“Toplanan delillere, özellikle; Milli Eğitim Bakanlığı Efes Müzesi Müdürlüğü’nün 21.7.1971 gün ve 464/1- 343 sayılı yazısı ve bilirkişiler tarafından düzenlenen 7.1.1972 tarihli: Efes Müzesindeki “Tanrı Bes” heykeline ait olan meşhur bir sanat eserinin, resmi teşekküllerce de gerçekleştirilmiş yayın tarzının tekrarı suretiyle yeniden resim olarak yayınlanması mahiyetinde bulunan kartpostal dolayısıyla müstehcenlik ve müstehcen yayın suçunun teşekkül eylemediği kanaatını” beyan eden rapor münderecatına göre, suç konusu kartpostalın müstehcen ve hayasızca yayınlanmış bir resim olarak nitelendirilmesi kabil görülmemiş ve bu nedenle de T.C.K.nun 426. maddesinde anılan suç unsurları tekevvün etmemiş bulunmaktadır.”

Daha sonraki yıllarda, yayınların edebi niteliği olup olmadığı tartışmaları yapılan kararlar çoğunlukta. Bunun dışında Yargıtay 5. Ceza Dairesinin yerleşmiş içtihadı, müstehcenliğin (ki kararların çoğunda “porno” ibaresi kullanılmaktadır) belirlenmesinde yargıcın bizzat okuyarak/izleyerek ya da konunun uzmanı bilirkişilerden rapor alınarak karar verilmesi gerektiği yönünde.

Zaman içinde bilirkişi raporu alınmasında Çocukları Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu’nun yerini hukuk fakültelerinin ceza hukuku anabilim dallarından seçilen öğretim üyelerine bıraktığı söylenebilir. Bilirkişiler de okudukları/izledikleri “ürün”ün erotik/pornografik/müstehcen olup olmadığına “karar” verip ardından bu “ürün”ün edebi bir nitelik taşıyıp taşımadığına da “karar” vermek durumunda kalmaktadırlar. Kaldı ki bilirkişi incelemesi, bir delil değil, delil değerlendirmesidir. Yargıç bilirkişinin görüşüyle bağlı olmadığı gibi, müstehcenlik gibi görevliği kendi içinde bir kavram ya da suç konusunda, hakimle aynı eğitimi almış bir bilirkişinin kendi tecrübe, duygu, bilgi ve dünya görüşü çerçevesinde rapor vermesi yargılamaları ve yargıları tartışmalı hale getirmektedir.

Bu noktada AİHM'sinin en bilinen kararlardan biri olan Handyside/Birleşik Krallık davasının tartışmasına göz atmakta yarar vardır.<sup>4</sup> Anılan karar, müstehcenlikle ilgilidir ve üstelik başvuranın lehine de değildir. Ancak bu karar, ifade özgürlüğüne ilişkin temel başvuru kaynaklarından biridir. Kararda, ifade özgürlüğünün, toplumların alışık olduğu ya da toplumlarda yerleşik fikirlerin ileri sürülmesini değil, toplumları şoke eden, rahatsız eden fikirlerin koruma kapsamında olduğunun altı çizilmektedir. Hatta asıl korumanın bu tür fikirler için söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Biz burada bunun dışında bir ayrıntıyı dile getirmeyi yararlı görüyoruz. Anılan kararda, iç hukuk metinleri değerlendirilirken, İngiltere Müstehcen Yayın Yasası'ndan (1959/1965 Yasası olarak anılmaktadır) söz edilmektedir. Yasanın 1. maddesi "Bu Yasanın amacı bakımından bir eser (eser birden fazla bölümden oluşuyorsa her bir bölümü) diğer bütün koşullarla birlikte bir bütün olarak ele alındığı zaman, içerdiği veya ele aldığı konuyu okuyan veya gören veya duyan kişi üzerinde baştan çıkarma ve ayartma (deprave and corrupt) etkisini yaratmaya eğilimli ise müstehcen sayılır" hükmünü içermektedir. Yasanın 4. maddesinde ise, "Sözkonusu eserin bilim, edebiyat, sanat ve kültür veya genel ilgi konularından birine girdiği gerekçesiyle yayınlanmasında kamu yararı (public good) bulunduğu kanıtlanırsa mahkumiyete karar verilemez" denilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise buna ilişkin davalarda, sözü edilen gerekçenin desteklenmesi veya çürütülmesinde, eserin ilgili bulunduğu edebiyat, sanat, bilim veya diğer konulardaki uzmanların görüşleri dinlenebilir hükmünü içermektedir.

"Baştan çıkartma" ve "ayartma" ölçütü ise "Eseri okuması muhtemel kişinin, okuduklarını belirli bir oranda gerçekleştirmek isteyeceğine mahkemenin ikna olması"dır. Bilirkişiler, daha çok psikiyatri, pedagoji, psikoloji, sosyoloji gibi alanlardan seçilmekte ve birkaçının görüşü alınmaktadır. Burada uzman görüşü olarak başvurulacak kişiler de doğal olarak bu alanda bilimsel eser yayınlamış kişiler arasından seçilmektedir.

Sonuçta ölçüt Türkiye'ye göre belirgindir. Kaldı ki uzmanlardan istenen, şahsi fikirleri değil, yargılama konusu "eser"i içinde yaşadıkları toplumu ve içinde yaşanan dönemi göz önünde tutarak kendi bilim dallarının verileri ışığında değerlendirmeleridir. Tam anlamıyla tarafsız ve bilimsel olarak yapılacak değerlendirmeye, suç konusunun üçüncü ki-

4. <http://ihami.anadolu.edu.tr/> Handyside v. Birleşik Krallık, 7.12.1976 Seri A. no. 24

şiler üzerinde bırakacağı olası etkinin bulunması hedeflenmektedir. Bu sayede bilirkişiler ve yargıçlar kendi “ahlak” anlayışlarını ya da etkilenme oranlarını hukuk düzeni içerisinde bağlayıcı kararlar haline getirme riskinden de kurtulmaktadırlar.

### **YENİ KARAR VERİCİLER KİMLER?**

Gelişen teknoloji ile güvenlikle özgürlük arasındaki keskin ayrım derinleşti. İnternet kendi doğasını ve gelişimini yaşarken, devletler de bu alanın düzenlenmesi, kurallara bağlanması ve denetlenmesine hız verdiler. Türkiye pek çok konuda olduğu gibi bu konuyu da geriden takip etti ve genel olarak “yasak”lamayı seçti.

5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarının Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yukarıda özetlenmeye çalışılan yargının yargılarını arayacağımız günlerin yakın olduğunun da göstergesi.

Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, denetleme görevini erişimin engellenmesi ya da kapatma yetkisine sahip olarak yürütüyor. İnternet Dairesi Başkanı Osman Nihat Şen, Güncel Hukuk Dergisine verdiği röportajda, “... Sonuçta bu uygulamada özellikle ısrarla vurgulanan, çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik. Müstehcenliğin özellikle çocuklara bakan yönü ön planda, bir de ağır müstehcenlik yani normalde kamuoyunda konuşulan mayolu bir bayanın resmi gibi müstehcenlik değil. Yargıtay içtihatlarına konu olmuş müstehcenliğin bazı sınırları var. O kararlar bizde de var. O çerçevede olacak şekilde, Başbakanlık tarafından resen takip edilmesi gerektiği şeklinde konuşuldu.”<sup>5</sup>

Osman Nihat Şen, röportajda 4,5 ayda 280 engelleme, 350’ye yakın içeriğin çıkarılması uygulaması yapıldığını söylüyor. İhbar hatlarına ise en çok müstehcenlikle ilgili şikayet geldiğini belirtiyor. Ancak burada dikkate değer nokta, Şen’in “mayolu bir bayanın resmi gibi müstehcenlik”le ellerindeki Yargıtay kararlarında “sınırları olan müstehcenlik” arasında çizdiği sınırın belirsizliği. Şen’in elindeki Yargıtay kararlarının bir

5. Araş. Gör. Banş Günaydın, Güncel Hukuk, Mayıs 2008, sf. 18-19

kısmı bizim elimizde de var, ancak bu kararlarda açıkça tarif edilmiş bir “müstehcenlik sınırı” ne yazık ki yok.

Şen’in de ifade ettiği gibi, resen uygulanan bu yaptırımların, kimler tarafından hangi ölçütlerle yapıldığı da belirsiz.

Peki uygulamanın yasal dayanakları ne diyor?

5651 Sayılı Yasanın Erişimin Engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi başlığını taşıyan 8. maddesi, İnternet ortamında yer alan ve 5237 Sayılı TCK’nun 84, 103/1, 190, 194, 226, 227, 228 maddeleri ile 5816 Sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili erişimin engellenmesine karar verilir demektir. Yasanın 8. maddesinin 4. fıkrasında çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin erişimin engellenmesi kararının re’sen Başkanlık tarafından verileceği, kararın erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği hükmünü içermektedir.

Yasada, TCK’nın 226. maddesine atıf yapılmaktadır. Bu maddede de müstehcenlik tanımı yapılmamaktadır. Boşluk yargı kararlarıyla doldurulmaktadır. Osman Nihat Şen’in de söylediği gibi, re’sen verilen kararlar, Yargıtay kararlarında “çizilen sınırlara” göre belirlenmektedir. Peki sınır nedir? Bu sorunun yanıtı yoktur.

O halde erotik ve pornografik kavramlarının tarihsel kökenine bakarak yeni bir yoruma ulaşıp ulaşılamayacağına bakmak gerekmektedir.

### **EROTİK Mİ PORNOGRAFİK Mİ?**

“Erotik” kelimesinin kökeninin Aşk Tanrısı Eros’tan geldiği bilinmektedir. Platon’un Şölen adlı eserinde Eros, yoksulluk anlamına gelen Penia ise çare anlamına gelen Poros’un oğlu olarak tarif edilir. Sevgi, acı veren, hep peşine düşülen ve temelde bizde olmayanın arzulanmasına dayanan, sahip olunduğu anda yok olan duygu olarak tarif edilmektedir.<sup>6</sup> Platon, aşkın imkansızlığına inanması nedeniyle “platonik aşklarda” yaşamaya devam etmektedir.

---

6. Azra Erhat, Mitoloji Sözlüğü, Remzi Kitabevi, 15. Basım, 2007, sf. 106-107 (Aşk, sevgi, erotizm üzerine felsefi denemeler için bkz. Andre Comte-Sponville, Büyük Erdemler Risalesi, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, sf. 305 vd.)

Peki erotizm “aşk”a dair içeriğini, “kirli”, “edepsiz” anlamlarına ne zaman kaptırmıştır?

Lynn Hunt, Erotizm ve Politika adlı derlemesine yazdığı girişte konuyu aydınlatıyor, ilgili bölümü aynen alıntılıyorum: “Onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllarda pornografi, ‘erotik’ kategorisinden kesinlikle ayrışmayı başardı. Onsekizinci yüzyılda sözlükler, “erotik” sözcüğünü “aşkla ilgili olan” diye tanımladılar. Encyclopedie’ye (1751) göre “erotik” sözcüğünün aynı zamanda “deliryum” (hezeyan) ve “bedensel arzuların normalden fazla olması” anlamları da vardı. “Pornografi” sözcüğü Encyclopedie’de veya diğer onsekizinci yüzyıl Fransız sözlüklerinde yer almamaktadır. Ancak 1769’da Retif de la Bretonne yarı roman, yarı ahlakal metin sayılabilecek uzun eser yayınladı. Adı Pornographe olan bu eserin alt başlığı anlamlıydı: “Kadınların *kamusallığının* neden olduğu felaketleri engellemeye özgülenmiş ve fahişeler için yapılmış kanun taslağı hakkında sade bir vatandaşın, tarihsel ve doğrulayıcı açıklamalı fikirleri” Retif, *“pornografi sözcüğünün Yunanca aslı olan ‘fubuşla ilgili yayın’ anlamıyla oynamaktaydı ve bunu onsekizinci yüzyılın ‘kamu alanında kadın’ sorununa bağlıyordu. Ancak ondokuzuncu yüzyılın başlarında (1830’larda ve 1840’larda) sözlüklerde ‘pornografi’ sözcüğünü ‘müstebcen olan’ ve özellikle ‘balkın tüketimine sunulmuş müstebcen yayın’ olarak tanımlamaya başladılar. Retif’in bu terimi ilk kullanması da böylece günümüzde gözden kaçan ‘modern pornografi kavramının gelişmesi’ ile ‘onsekizinci yüzyıla ait kadının kamu yaşamına katılımı’ arasındaki bağlantıyı açığa çıkarmaktadır.”*

Peki kadını “kirli” kılan nedir? Mary Douglas, Saflık ve Tehlike’de, “Cinsel ilişkiler, erkeğin kendini cinsel eşi tarafından tehdit edilen biri gibi gördüğü, düşmanlar arasında geçen bir çekişme niteliğine bürünmektedir” der ve ekler, “Bu görüşün sonucu, kadının kirlilik olarak temsil edilmesidir”. Mary Douglas’a göre, kadın ve kirlilik arasındaki bu ilişki, güç yapısının ciddi bir tehdit karşısında kaldığı toplumsal ilişkilerin cinsel betimlemelerinde ortaya çıkmaktadır.<sup>7</sup>

7. Mary Douglas, Purity and Danger: An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo, New York: Praeger, 1966 sf. 147-151 (Kadınların “kirli” olarak algılanmalarının tarihsel kökeni ve tek tanrılı dinlerdeki izdüşümleri için ayrıca bkz. Dünyanın Kökeni: Vajina, Jelto Drenth, Agora Kitaplığı, 2007, sf. 303-310)

Fransız Devrimi öncesi, Marie Antoinette hakkında “pornografik coşkuya” varan yorumlar yapıldığı ve nihayetinde temel yasalarıyla kadınlara yönetim erkini kullanmayı yasaklamış Fransa’da yargılanıp boynunun vurulması da buna örnek olarak gösterilmektedir.<sup>8</sup> Aynı Devrimci Konsey, Marie Antoinette’nin 16 Ekim 1793’te öldürülmesinden tam iki hafta sonra, Devrimci Cumhuriyetçi Kadınlar Derneği’nin kapatılmasını tartıştı. Jakoben Konsey üyesi Fabre d’Eglantine’in suçlaması şuydu:” Bu kulüpler aile analarının, aile ile kızlarının, kardeşleriyle ilgilenen kızların bir araya gelmesinden oluşmamakta; macera düşkünü, serseri, özgürlüğü seçmiş amazonlardan oluşmaktadır”.<sup>9</sup>

Ve tüm kadın kulüpleri, -kadınların tepki olarak Paris Komünü Başkanı avukat Chaumette’in önünden kırmızı şapka giyerek geçmeleri nedeniyle- devrim eliyle yasaklandı! Gerekçe kadınların “sapık” ve “özgürleşmiş” olmalarıydı.

Chaumette kadınlara şöyle seslendi: “Erkek olmak isteyen siz küstah kadınlar! Neyiniz eksik? Başka neye gereksiniminiz var? Bizim gücümüzün yok edemediği tek despotizm sizinki, çünkü sizin despotizminiz aşk ve doğanın eserinin bir sonucu. Doğa adına ne olduğunuzu hatırlayınız ve fırtınalı yaşantımıza imreneceğinize bize bu fırtınaları unutturmakla yetininiz. Yaşadığımız tehlikeleri aile kucağında unutalım; sizin bakımınızla güzelleşen yavrularımıza bakarak sıkıntılarımızı unutalım”.<sup>10</sup>

### OSMANLI’DA DURUM NEYDİ?

Bu bilgiler ışığında varılabilecek sonuçlardan biri, Latin/Roma kökenli İtalyan Ceza Kanununun, kavramsal arka planı ve toplumsal bilinçaltı atıklarıyla birlikte Türk Ceza Kanununa alınmış olduğudur. Bugün Ceza Kanununda “Genel Ahlak Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen “müstehcenlik” Osmanlı Ceza Yasalarında “Had Suçları” başlığı altında yer almaktaydı.

- 
8. Lynn Hunt, Marie Antoinette’in Gövdeleri: Fransız Devrimi’nde Politik Pornografi ve Kadın Sorunu, Erotizm ve Politika, Kabalıcı Yayınevi, sf. 141-143
  9. Lynn Hunt, Marie Antoinette’in Gövdeleri: Fransız Devrimi’nde Politik Pornografi ve Kadın Sorunu, Erotizm ve Politika, Kabalıcı Yayınevi, sf. 161
  10. Vivian Cameron, Politik Açığa Çıkmalar: Fransız Devrimi’nde Cinsellik ve Karikatür, Erotizm ve Politika, Kabalıcı Yayınevi, sf. 125



Sözlük anlamı “men etmek” olan ve Kur’an’da bazen ceza bazen de cezayı gerektiren suç anlamında kullanılan (Bakara, 2/187, 229) hadd (çoğulu hudud), hukuk terminolojisinde ceza tehdidi altına girmeden bireyin aşmasına imkan olmayan engel demektir.<sup>11</sup> Geniş anlamda namus, insan onuru yani şeref ve haysiyetidir. İnsan onuru bir hadiste “ırz” kelimesiyle ifade edilmiştir. Irz, insanın manevi kişiliği, haysiyet, şeref ve saygınlığıdır. Yani sövme, aşağılama ve tecavüzden korunmak istenen insani değeridir. Dar anlamda namus ise iffet (cinsel onur) dir. İffet nefiste yerleşen ve şehvetin insana galebe çalmasını önleyen niteliktir.<sup>12</sup>

Doç. Dr. Mustafa Avcı, “En dar anlamda namus ise cinsel özgürlüktür. Kişiler hukuk düzeni içinde başkalarının cinsel güdü ve düşüncelerine de saygı göstermek zorundadır. Irz kelimesi dilimize geçerken anlam daralmasına uğramıştır;<sup>13</sup> tecavüz kelimesi ile –ki bu da sadece cinsel saldırı suçu olarak algılanmaktadır, oysa kelime anlamı saldırıdır– anlamdaş (ırza geçme) olarak kullanılmaktadır” diyerek konuyu aydınlatmaktadır.

Diyanet İşleri Başkanı Ali Bardakoğlu ise “Geleneğimizde erkeğin ahlakı ve şerefi kadının namusuna endeksli, kadının namusu ise temelde bekaret ve sadakat kuralına riayete. Namus kavramının ve onunla yakın içeriklere sahip iffet ve ırz kavramlarının çok daha geniş bir kapsamın, insanın düşünce, niyet ve bütün davranışlarıyla bağlantıları bulunduğu halde bunların sadece kadının bedeniyle ilişkilendirilmesi ve dar bir çerçevede anlamlandırılması, yine bunların sadece kadına düşen bir sorumluluk olarak görülmesi de sözkonusu geleneksel (erkek egemen) zihniyetle, sosyal yapıyla ve gelenekle beslenen bir başka yanlış anlayıştır.”<sup>14</sup> diyerek bugün yaşanan pek çok sorunun ve karmaşanın kökenine işaret etmektedir.

11. Mustafa Avcı, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, Gökkuşbu Yayınları, 2004, sf. 161.

12. Mustafa Avcı, a.g.e. sf. 207-208

13. Mustafa Avcı, a.g.e. sf. 208, dipnot 1047 (Irz kelimesi zaman içinde korunması gereken manevi kişilik değerlerinden yalnızca iffet ve cinsel hayatla ilgili olanlara hasredilmiştir.)

14. Diyanet İşleri Başkanı Ali Bardakoğlu'nun 8 Mart Dünya Kadınlar günü nedeniyle 08.03.2004 tarihli basın açıklamasından, bkz. <http://diyanet.gov.tr./turkish/baciklama.asp>

## SONUÇ

Buraya kadar olan açıklamalar ışığında, erotik/pornografik kavramlarının müstehcen kavramından farklı olarak, Avrupa kültürü tarafından kadınların sosyal hayata katılmalarıyla birlikte ve bunun önünü almak amacıyla bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Müstehcen kavramının kelime kökeninde ise böyle bir belirleme ya da ayırım bulunmamaktadır. Kavrama yaklaşım açısından Osmanlı Ceza Yasası, bugünkü yasadan daha ileri kalmaktadır. Bu durumda, müstehcen kavramının “geri” erotik ya da pornografik kavramlarıyla altının doldurulması yanlıştır. Bugün “müstehcen” ya da “çirkin”, “edepsizce”, “açık saçık” olanın ne olduğunun tartışılması gerekmektedir. Bugünün “müstehcen” olanının ne olduğunun toplumun geniş kesimlerince tartışılması, bunun tartışmaya açılması gerekmektedir. Türk milleti adına yapılan yargılamalarda, “genel ahlakın korunması” adına, Türk milletinin gerisine düşmemek gerektiği açıktır.

Bunun dışında, yargılamalarda İngiltere örneğinde olduğu gibi psikiyatr, psikolog, pedagog gibi uzmanların görüşlerinin alınması –alanında uzman ve bilimsel yayını bulunması şartıyla– çok daha sağlıklı kararlar verilmesini sağlayacak yollardan biri olarak görülmektedir.

İnternet yayınlarına ilişkin re’sen uygulamanın öncelikle değiştirilmesi, değiştirilmesi düşünülüyorsa kararları alan heyetlerin kimlerden oluşturulduğu/kararların ne şekilde alındığı/alınan kararın gerekçesi kararlarla birlikte açıklanmalı ve uygulama şeffaflaştırılmalıdır.

Sonuç olarak müstehcen bir sıfattır ve içi, onu kullanan(lar)ca doldurulur; güzel gibi, iyi gibi, çirkin gibi... Bu nedenle, göreceli kavramlara dikkatle yaklaşmak, mümkün olduğu kadar önyargısız olmak gerekmektedir.

**KAYNAKÇA**

**Avcı Mustafa**, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, Gökkuşbu Yayınları, 2004

**Cameron Vivian**, *Politik Açığa Çıkmalar: Fransız Devrimi'nde Cinsellik ve Karikatür*, *Erotizm ve Politika*, Kabalcı Yayınevi,

*Chambers's Etymological Dictionary*, W.&R. Chambers, Ltd. 1945

**Ferit Develliöğlu**, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi Yayınları, 24. Baskı, 2007

**Douglas Mary**, *Purity and Danger: An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo*, New York: Praeger, 1966 sf.

**Erhat Azra**, *Mitoloji Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, 15. Basım, 2007

**Hunt Lynn**, *Marie Antoinette'in Gövdeleri: Fransız Devrimi'nde Politik Pornografi ve Kadın Sorunu*, *Erotizm ve Politika*, Kabalcı Yayınevi,

*Güncel Hukuk*, Mayıs 2008

*İnternet Kaynakları:*

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

[www.seslisozluk.com](http://www.seslisozluk.com)

<http://ihami.anadolu.edu.tr/>

<http://diyanet.gov.tr/turkish/baciklama.asp>

## Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması Suçu

Cüneyd Altıparmak\*

### GENEL OLARAK

İftira suçunun özel bir işleniş biçimi olan “başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu”, “iftira” suçunun özel bir işleniş biçimi olarak Türk Ceza Kanunumuzda düzenlenmiştir.

İftira kelime anlamı olarak; “bir kimseye kasıtlı ve asılsız suç yüklemek” anlamına gelir<sup>1</sup>. 765 s. Türk Ceza Kanununda 285.maddede düzenlenen iftira suçunda kimlik bilgilerinin kullanılması suretiyle bu fiilin işlenmesi yönünden bir ayrıma gidilmemiştir<sup>2</sup>. 5237 s. TCK’nın 268. maddede düzenlenmesinin iyi anlaşılması için 5237 s. TCK m.267 hakkında bazı bilgiler vermemiz gerektiği kanaatindeyiz.

\* Avukat. (cuneydaltiparmak@yahoo.com)

1. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, [http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433\\_CFFA6A-A849816B2E\\_F05A79F75456518CA](http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433_CFFA6A-A849816B2E_F05A79F75456518CA), E.T: 15.03.2008
2. “(1) (Değişik madde: 11/06/1936 - 3038/1 md.) Her kim Adliye veya keyfiyeti Adliye tevdi mecbur olan bir makama veya kanuni takip yapacak veya yaptırabilecek bir mercie ihbar veya şikayette bulunarak suçsuz olduğunu bildiği bir kimseye bir suç isnad eder yahut o kimse aleyhinde böyle bir suçun maddi eser ve delillerini uydurursa isnad eylediği suçun nevi ve mahiyetine ve uydurduğu delillerin kuvvetine göre üç aydan üç seneye kadar haps olunur. (2) Bu isnad kendine iftira olunan kimenin tevkifi gibi şahsi hürriyeti bağliyan bir halin hudusuna sebep olmuşsa müfteri hakkında bir seneden beş seneye kadar hapis cezası hükmlenir. (3) Kendine iftira olunan kimse hakkında üç seneden fazla şahsi hürriyeti bağliyan bir ceza ile mahkumiyeti mutazammın bir hüküm sadır olmuşsa müfteri hakkında on beş seneyi geçmemek üzere aynı ceza hükmlenir. (4)Eğer mağdurun mahkumiyeti müebbet ağır hapis ise müfteri on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapisle cezalandırılır. (5) (Değişik fıkra: 21/11/1990 - 3679/19 md.) Eğer mağdurun mahkumiyeti ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ise, müfteri müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılır. (6)(Altıncı fıkra mülga: 21/11/1990 - 3679/28 md.) (7) Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suç faili mağdur hakkında takibat yapılmadan evvel bu isnadından rücu eder veya uydurduğunu itiraf ederse yukarıda yazılı cezaların altıda biri hükmlenir ve ceza müebbet ağır hapis ise on sene ağır hapse indirilir ve isnaddan rücu veya tasni itiraf olunması takibata başlandıktan sonra vaki olursa asıl cezanın üçte ikisi indirilir ve müebbet ağır hapis yerine 24 sene ağır hapis cezası tayin olunur. Tasni veya iftira, kabahat e’aline taalluk ederse bu madde ile 283 üncü maddede tesbit olunan cezalar yarıya kadar indirilir” (765 s. TCK m. 285). Karşılaştırma için Bkz. Yenisey, Feridun/Nuhoğlu,Ayşe, Yeni Ceza Adalet Sistemi Giresun Semineri Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004. Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2004.

İftira suçu, bir kimse hakkında soruşturma, kovuşturma başlatılmasını veya idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak amacıyla hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesinden ibaret bir suçtur. Burada belirtilen hukuka aykırı fiili isnadından, başta suç ve kabahat isnadının yanında idari yaptırım ve disiplin yaptırımı anlaşılmalıdır<sup>3</sup>. Bu isnadın yetkili makamlara ulaşması gereklidir, bunun için ihbar, şikâyet yapılabileceği gibi isnadın basın ve yayın yolu ile ilan edilmesi de mümkün olabilecektir. Bu isnadın işlenen bir suçta başkasının üzerine kalmasını sağlamak şeklinde yapılması yada hiç işlenmemiş bir suçun faili olarak addedilmesi şeklinde tezahürü mümkündür. Yapılan isnadın belli bir kişiye yönelik olması şarttır. Bu sayı birden fazla olabilir ancak sayısı ve kimliği belli (*ya da belirlenebilir*) olmak zorundadır. Bu suçun manevi unsuru kasttır. Bu açıdan hukuka aykırılığın içeriği ve sonucu failce bilinmek zorunda olduğundan, burada söz konusu olan doğrudan kasttır. Madde metinden de anlaşılacağı üzere nitelikli halleri ve etkin pişmanlığa ilişkin (*TCK m. 269<sup>4</sup>*) düzenlemeleri mevcuttur.

Söz konusu ettiğimiz düzenleme ise iftira suçunun özel bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

- 
3. İftira Suçu hakkında detaylı bilgi için bkz: Yurtcan, Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2004, ,s.444. Kalyan, Keskin, "Adliye Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/109.doc>, ET.11.04.2008. Yenidünya, A. Caner "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İftira Suçu (m. 267-269)" Legal Hukuk Dergisi – Ağustos 2005 Sayı : 32, Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, Kaçak, Nazif, Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007.
  4. "Etkin Pişmanlık" başlıklı TCK 269. madde şöyledir:
    - (1) İftira edenin, mağdur hakkında adli veya idari soruşturma başlamadan önce, iftirasından dönmesi hâlinde, hakkında iftira suçundan dolayı verilecek cezanın beşte dördü indirilir.
    - (2) Mağdur hakkında kovuşturma başlamadan önce iftiradan dönme hâlinde, iftira suçundan dolayı verilecek cezanın dörtte üçü indirilir.
    - (3) Etkin pişmanlığın;
      - a) Mağdur hakkında hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi,
      - b) Mağdurun mahkûmiyetinden sonra gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı,
      - c) Hükmolunan cezanın infazına başlanması hâlinde, verilecek cezanın üçte biri, indirilebilir.
    - (4) İftiranın konusunu oluşturan münhasıran idari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiil dolayısıyla;
      - a) İdari yaptırma karar verilmeden önce etkin pişmanlıkta bulunulması hâlinde, verilecek cezanın yarısı,
      - b) İdari yaptırım uygulandıktan sonra etkin pişmanlıkta bulunulması hâlinde, verilecek cezanın üçte biri, indirilebilir.
    - (5) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./30.mad) Basın ve yayın yoluyla yapılan iftiradan dolayı etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için, bunun aynı yöntemle yayınlanması gerekir.

## I. HÜKÜM VE NİTELİĞİ

Türk Ceza Kanununun 268. maddesi şöyledir: “işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır”.

Anılan madde iftira suçunun özel bir işleniş biçimi olarak gözükmektedir. Maddede bir kimsenin kimliğinin veya kimlik bilgilerinin kullanılması suretiyle iftira suçunun işlenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Ancak doktrinde bu maddenin düzenlenme yeri ve iftira suçu ile olan ilgisi açısından farklı görüşler de ileri sürülmektedir<sup>5</sup>. Bu konuya ilişkin her hangi bir düzenleme önceki ceza yasamızda bulunmamaktadır. Fakat görevli memura kimlik konusunda yanıltıcı beyanlarda bulunmanın 765 s. TCK m.343 kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

## II. SUÇUN MADDİ UNSURU

Bu suçun faili herkes olabilir. Özgü suç niteliği taşımadığı için kamu görevlisi veya bunun dışındakiler gibi bir ayırım yapılamaz. Ancak failin hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması muhtemel birisi olması gerekmektedir. Zira madde metninde “kendisi hakkında” ibaresi bulunmaktadır. Örneğin, hakkında savcılık veya mahkeme tarafından yakalama kararı verilmiş bir kimsenin bu suçu işlemesi mümkün olabileceği, işlediği bir suç nedeniyle kolluk görevlilerince suçüstü yakalanan kimsenin de fail olabileceği düşünülmelidir. Bu durumda failin isnat edilen suçu işlemiş olması gereklidir. Aksi takdirde fail açısından bu suç oluşmaz<sup>6</sup>. Bunun yanında iftira suçundan farklı olarak hakkında idari takibat yapılan veya yapılması olası kimsenin bir başkasının kimlik bilgilerini bu idari soruşturmayı engellemek amacıyla kullanması bu suçu oluşturmaz.

5. “Böyle bir hükme Yasada ihtiyaç olduğu düşünülüyorsa (765 sayılı TCK.’nın 343’üncü maddesinin karşılığı olarak 206’ncı madde yeni yasada yer almaktadır) bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerekirdi. Halbuki 268’nci maddede bu eylem iftira suçuna ilişkin 267’nci maddeye gönderme yapılarak düzenlenmiştir. Her iki madde incelendiğinde özellikle manevi unsur yönünden iki hükmü (267,268) aynı kapsamda ele almak mümkün değildir”: Artuk, M.Emin/Gökcan, Ahmet/Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.751-752

6. Artuk/Gökcan/Yenidünya, s.751

Suçun mağduru<sup>7</sup>, failin kimlik bilgilerini verdiği ve bu nedenle adli işlemlere maruz kalarak zarar gören kimsedir. Mağdur dışında suçtan zarar görenin de olması mümkündür.

Suçun konusu; başkasına ait kimlik veya kimlik bilgileridir. Kimlik kişinin kim olduğunu tanıtan belge, hüviyet anlamındadır<sup>8-9</sup>. Kullanılacak kimliğin türünün bir önemi olmadığı gibi, örneğin nüfus cüzdanı, öğrenci kimliği, sürücü belgesi vs. gibi bir ayırım yapılamayacağı gibi, kimliğe ilişkin her hangi bir belgenin kullanılması da zorunlu değildir, örneğin failin sözel (şifahen) olarak bilgi verebilmesi gibi.

Başkasına ait kimlik bilgilerinin verilmesi suçun hareket kısmını oluşturmaktadır. Kimliğin kullanılması ve kimlik bilgilerinin verilmesi yeterlidir, bunun şeklinin bir önemi yoktur.

Suçun nitelikli hali madde metninde öngörülmemiştir. Ancak, TCK m. 267'de sayılan durumlar dikkate alınmalıdır. Zira bir kimsenin, işlediği suçta başkasının kimliğini kullanıp mahkum olması söz konusu olabilecektir. Bu durumda, kimliği kullanılan kimsenin sabıkasında işlemeyişi halde işlemiş olduğu bir suçun görünmesi mümkün olacaktır<sup>10</sup>.

Bunun yanında TCK m.269'da düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri göz önünde tutulmalıdır.

- 
7. Mağdur; haksızlığa uğrayan kimsedir. Bu konuda Bkz.: Özgenç, İzzet / Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001, s. 112
  8. TDK Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, E.T: 03.03.08 (TDK Sözlük).
  9. TDK Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul.ASPX?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=kimlik+belgesi&EskiSoz=kimlik&GeriDon=2.E.T:02.03.08>.
  10. "Dolandırıcılar, sahte kimlik çıkararak masum insanlar üzerinden şirket kuruyor, çek-senet düzenliyor, her türlü suçu işliyor. Kimliklerinin sahtesi çıkartılarak suç işlenen vatandaşlar ise devletin kapısını çalmasına rağmen, hapis yatmaktan, icradan ve işsiz kalmaktan kurtulamıyor. Devlet kurumları da bu sahtekarlığa çözüm bulamıyor. Sahte kimlik mağduru vatandaşlar son çare olarak TBMM'ye başvurdu. AKP Şanlıurfa Milletvekili Yahya Akman başkanlığında toplanan TBMM Dilekçe Komisyonu, nüfus cüzdanlarındaki kimlik bilgileri değiştirilerek yeni cüzdan çıkartılan ve bu nedenle mağdur olan vatandaşların şikayetlerini ele aldı. Komisyon'a gelen dilekçeler, üyeleri bile şaşırttı. Akman, hem muhtarlar hem de nüfus müdürlüklerince gerekli kontrol mekanizmasının kurulmasının istediğini bildirdi.Nüfus Hizmetleri Daire Başkanı Suat Küçük, mahkemelerden nüfus cüzdanı sahteciliğiyle ilgili olarak 2004'te 53, 2005'te 93, 2006'ta ise şimdilik 51 dosyanın genel müdürlüklerine geldiğini ifade ederek, bu rakamların da 70 milyonluk Türkiye'de çok düşük kaldığını savundu".Yanardağ, Volkan, "Sahte Kimlikle İşlenen Suç, Masumu Yakıyor", Akşam Gazetesi, 4.11.2006, s.9.

Bir kimsenin kimliği ile ilgili bilgi vermekten kaçınması halinde bu suç değil de, yerine göre Kabahatler Kanununun 40. maddesinde düzenlenen “kimliğini bildirmeme kabahatini” oluşturacağı açıktır. Ayrıca failin kimliği ile ilgili bilgiyi sadece yanlış vermekten ibaret eylemi de KK m.40 çerçevesinde değerlendirilecektir. Bunun yanında bu tutumun dinlenme boyutuna ulaşması, eylemin TCK m. 265 kapsamında mütalaa edilmesini doğurabilir. Failin bir resmî belgeyi düzenleme yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunması halinde TCK’da “Resmî Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan” başlıklı 206. maddenin oluşacağı<sup>11</sup>, failin gerçek kimlik bilgilerini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptırması halinde ise TCK m 230/3’ün ihlal edilebileceği göz önünde tutulmalıdır<sup>12</sup>. Aslolan kimlik bilgilerinin ger-

- 
11. Resmi belge düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak suçunun oluşması için; düzenlenen belgenin bu beyanın doğruluğunu ispat edici bir güce sahip olan asıl niteliğinde bir belge olması gerekir. Sanığın karakoldaki ifadesinin de gerçek kimlik bilgilerine göre alınması karşısında, suçun öğelerinin nasıl oluştuğu tartışılmalıdır. (Y4.CD E. 2006/267 K. 2006/13027 T. 27.6.2006). Sanığa atılı yankesicilik suretiyle hırsızlık suçundan yapılan soruşturma esnasında sanık sıfatıyla ifadesi alınırken görevli polis memurlarına kimliği hakkında yalan beyanda bulunmaktan ibaret eyleminin 765 sayılı TCK’nın 343/2. maddesi ( 5237 Sayılı TCK’nın 206. maddesi ) kapsamında değerlendirilmesi ve bu suçla ilgili davaya bakmanın ve delilleri değerlendirmenin Asliye Ceza Mahkemesinin görevi dahilinde olduğundan görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, isabetsizdir. (Y2.CD E. 2006/10239 K. 2007/131 T. 15.1.2007). Nüfus müdürlüğüne yapılan araştırmada, nüfus kaydına rastlanmadığının belirtilmesi karşısında, çek hesabı açılırken bildirilen ad, soyadı ve diğer kimlik bilgilerinin gerçekte var olmadığı, iddianame ile de gerçek olmayan kimlik bilgilerine dayanılarak kamu davası açılmış bulunduğu cihetle, hayali bir kişi hakkında mahkumiyet hükmü kurulamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir:Y10CD.Esas No. 2006/10315 Karar No. 2006/13045 Tarihi 23.11.2006.
12. Sanık, hırsızlık ve yalan beyanda bulunma suçlarından yargılanmıştır. Sanığın sekiz ayrı hırsızlık eylemi için yapılan soruşturmalarda, polise farklı kimlik bilgileri beyan ettiği iddia edilmiştir. Kimlik beyanına ilişkin belge düzenlenmiş ise hüviyete ilişkin yalan doğrulamada bulunma suçundan, aksi takdirde kimlik beyanından imtina suçundan ceza verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. (Y6CD, E. 2005/1491 K. 2005/1819 T. 3.1.2005). Yalan beyanda bulunmaktan sanığın eylemine uyan 765 Sayılı TCY.nın 343/2, 59 ve 81/1-3. maddelerine göre cezalandırılmasına karar verilmiş ise de; sanığın bildirdiği 1980 doğumlu İsmet Görmüş biçimindeki kimlik bilgileri araştırılarak; var olan bir kişiye ait ise 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY.nın 268/1. maddesi aracılığıyla 267/1. maddesinde, sanığın bildirdiği kimlik bilgilerinin gerçekte var olmayan kişiye ait olduğunun anlaşılması durumunda aynı Yasanın 206/1. maddesinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt ve üst sınırları bakımından, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında ve 206/1. maddenin seçenekli adli para cezasına da yer verilmesi nedeniyle sanık yararına olması ve 5237 sayılı Yasa hükümleri uyarınca yeniden değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır. (Y6CD E. 2003/19964 K. 2005/7574 T. 15.9.2005)



çek bir kişiye ait olmasıdır. Nitekim Yargıtay; “...sanığın, yakalandığında, C. ve Y. oğlu, 1995 doğumlu F. olarak bildirildiği kimlik bilgilerini, gerçek bir kişiye ait olup olmadığı araştırılarak, gerçek kişiye ait olduğunun belirlenmesi durumunda eyleminin 5237 sayılı TCK’un 268/1. maddesi yollamasıyla aynı yasanın 267/1. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması” gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>13</sup>. Buna göre kimlik bilgilerinin bir kimseye ait olması halinde inceleme konumuz olan madde, hiç kimseye ait olmaması halinde ise TCK m. 206 hükmünün uygulanması gerekmektedir<sup>14</sup>. Bunun yanında CMK m.147/1-a<sup>15</sup> çerçevesinde sanık ya da şüphelinin kimlik bilgilerini doğru bir biçimde belirtmek zorundadır. Bu kimse hakkında da TCK m. 206’nın uygulanması gerekmektedir<sup>16</sup>.

### III. MANEVİ UNSUR

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Zira failin bu suçu işleyebilmesi, hakkındaki soruşturma ve kovuşturmayı engellemek amacıyla bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi halinde mümkündür. Bunun dışında olası kast ile suçun işlenmesi mümkün değildir, çünkü failce suçun sonucunun da öngörüldüğü bilinmektedir. Failin burada isnat edilen ve işlemiş olduğu fiilden dolayı cezai sorumluluktan kurtulma dürtüsü ile hareket etmesi gerekmektedir<sup>17</sup>.

### IV. HUKUKA AYKIRILIK

Eylemi hukuka uygun herhangi özel bir düzenleme mevcut değildir.

### V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Teşebbüs mümkün değildir. Neticesi harekete bitişiktir. Ancak netice ile hareketin ayrılabilirdiği durumlarda suçun oluşmayabileceği düşünülme-

13. Y6CD, E. 2006/14599, K. 2006/10488, T.01.11.2006

14. Y6CD, E. 2003/19964, K. 2005/7574, T. 15.09.2005; Y6CD E. 2003/16030, K 2005/6928. T. 12.07.2005.

15. “Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür”

16. Artuk/Gökcan/Yenidünya, s.751. Yerdelen, Erdal, “Soruşturma m.145-174”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc>, s.3, ET:11.04.2008.

17. Arslan,Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s.1092-1093

lidir. İştirak konusunda genel hükümler uygulanacaktır. Buna göre bir kimsenin vereceği kimlik bilgilerini, bu suça iştirak kastı ile temin eden kimsenin de fail olması söz konusudur.

İçtima hususuna gelince bu suçun evrakta sahtecilik suçu ile işlenmesi halinde her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir. Failin hakkındaki soruşturma veya kovuşturmayı engellemek amacıyla birden fazla yerde aynı kimliği kullanması halinde tek suçun oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak, failin aynı kast ile farklı farklı yerlerde yine farklı kimlikleri kullanması ise zincirleme suç hükümleri çerçevesinde çözülecektir. Failin bir başka suç işlemek kastı ile hareket edip, inceleme konumuz suçu da işlemesi halinde fikri içtima yapılması söz konusudur. Örneğin kimliği ile ilgili yanlış bilgi vererek dolandırıcılık yapan kimse, hakkında soruşturma yapılmasını engellemek için de hareket etmiş ve bir başka kimliği vermiş olabilecektir.

## VI. YAPTIRIM

Suçun cezası iftira suçuna verilecek olan “ bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası”dır.

## SONUÇ

Türk Ceza Kanununda “**Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler**” başlıklı dördüncü kısmın, “Adliye Karşı Suçlar” başlıklı olan **ikinci bölümünde düzenlenen bu suçta** failin, işlediği bir suçta ilişkin olarak hakkında yapılan veya yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmayı engellemek maksadı ile bir başkasına ait kimlik bilgilerini kullanması durumunda suç oluşacaktır.

Suç resen kovuşturulmaktadır. Yargılamanın yapılacağı mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

Bu suçun tayininde iki önemli husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki failin gerçekten bir suç işlemiş olmasıdır. İkinci ise kullandığı kimliğin veya kimlik bilgilerinin gerçek olması, yani mağdur konumunda bir kimsenin olmasıdır. Failin işlediği sabit olmayan ya da ortada bir suç şüphesi yokken başkasına ait kimlik bilgilerini kullanması bu suç oluşturmaz. Yine bunun gibi, gerçekten işlediği bir suç olan kimsenin hayali kimlik bilgileri vermesi yahut sahte kimlik taşıması ve bunu kul-

lanması yine bu suçu oluşturmayacaktır. Bunların yanında şüpheli veya sanığın bir başkasına ait kimliği görevlilere sunmasında (örneğin kardeşinin), kimlik sahibinin bilgisinin olup olmadığının iştirak hükümleri çerçevesinde tartışılması gerekmektedir.

Tüm bunların yanında kimlik bilgilerinin sunulmasına ilişkin mevzuattaki özel ceza düzenlemeleri saklıdır<sup>18</sup>.

---

18. 1774 s. Kimlik Bildirme Kanunu, 7201 s. Tebligat Kanunu m.53, 5490 s. Nüfus Hizmetleri Kanunu m.67, 5188 s. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun m.7, 5147s. Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun m.39, 3402 s. Kadastro Kanunu m.43, 6762 s. Türk Ticaret Kanunu m.40, 3816 s. Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun m. 10, 6326 s. Petrol Kanunu m.127, 775 s. Gecekondu Kanunu m.37, 4358 s. Vergi Kimlik Numarası Kullanımının Yaygınlaştırılması Hakkında Kanun m.5, 222 s. İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.57, 2841 s. Kanun m. 12, Gümrük ve Vergi Mevzuatı (213 s.,1319 s., 2801 s., 3787 s., 4458 s., 4811 s. 4926 s. Kanunlar), 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu m.81, 1111 s. Askerlik Kanunu m.74, 5464 s. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 17 bu düzenlemelere verilecek örnekler arasındadır.

## Müşterek Faillik

Stj. Av. Aysun Dalkılıç

### ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile suça iştirak, faillik (m.37), azmettirme (m.38) ve yardım etme (m.39) şeklinde üçlü bir ayrıma gidilerek düzenlenmiştir. “Faillik” başlığı altında düzenlenen 37. maddede müşterek ve dolaylı faillik ele alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu çalışmada müşterek faillik kurumu ele alınmış; bu konu ile ilgili olarak doktrindeki değerlendirmeler ve Yargıtay uygulaması ortaya konulmaya çalışılmıştır.

### ABSTRACT

The Complicity is arranged under three forms which are “perpetration” (art. 37), solicitation (art. 38), and assistance (m.39) in the Turkish Penal Code no:5237. Under the title of the “Solicitation”, article 37, perpetration collective and perpetration indirect are provided. According to the Article 37, Each of the persons who jointly execute the act defined as crime in the law is responsible from its legal consequences as the offender “. Therefore, we intend to focus on the notion of perpetration collective with our study. Our study will not only assesses the academic perspectives, but also examines the practice of Court of Appeals regarding the term of accomplice.

### GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu’nda iştirak şekilleri, genel bir şekilde faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır. Yeni düzenleme ile suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak kabul edilmiştir.

Eski Türk Ceza Kanunu’nda “asli” ve “fer’î iştirak” ayrımı kabul edilmekte ve “asli iştirak”, “asli maddi iştirak” ve “asli manevi iştirak” olarak ikiye ayrılmaktaydı. Buna karşılık azmettirme, “asli manevi fail” olmayı gerektirmekteydi. Tek tek sayılmak suretiyle belirlenen “fer’î iştirak” hallerinde ise, cezanın indirilmesi gerekirken, “zorunlu fer’î iştirak”ın “asli iştirak” olarak cezalandırılması öngörülmüştü. Böylece bu sistemde

“fiili irtikap etme” ve “doğrudan doğruya beraber işleme”, “asli maddi iştirak” şekilleri öngörülmüştür. Yeni TCK’de ise bu sistem terk edilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda, Eski Türk Ceza Kanunu’ndaki “asli iştirak- fer’i iştirak” ayrımı terk edilerek, faillik (m.37), azmettirme (m.38) ve yardım etme (m.39) olmak üzere üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Bu düzenleme ile iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenmiştir.

Yeni TCK’nın 37. maddesi ile “ faillik” kurumu ele alınmıştır. Söz konusu maddeye göre suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri veya suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullan kişiler, fail olarak sorumlu olacaklardır. Böylece “ faillik” başlığı altında müşterek ve dolaylı faillik düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*”. Bu düzenleme, Eski TCK m.64/ f.I’de düzenlenmiş olan “*fiili irtikap edenler*” ve “*doğrudan doğruya beraber işleyenler*” den oluşan asli maddi failliğin karşılığıdır.

Müşterek faillik halinde, birlikte suç işleme kararına bağlı olarak, suçun icrai hareketleri birlikte gerçekleştirmekte ve dolayısıyla, fiilin icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurulmaktadır<sup>1</sup>. Müşterek faillik için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, birden çok failin fiilin icrasında müşterek hâkimiyet kurması ve birlikte suç işleme kararının bulunmasıdır.

## A. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN ŞARTLARI

### 1. Fiil Üzerinde Hâkimiyet Kurulması:

İşlenen haksızlıktan müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmek için, suç ortaklarının fiil üzerinde müşterek bir hâkimiyet kurmaları gerekir. Bir fiil üzerinde, faillerin “ortak hâkimiyet”inin varlığından söz edebilmek için aranması gereken ilk husus “suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem”dir<sup>2</sup>. Müşterek faillikte fiil üzerinde kurulan hâkimiyet çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

1. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, Ankara, 2007,s. 767

2. Çetin ARSLAN, Bahattin AZİZAĞAOĞLU, “**Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**”, y.y.y., 2004, s. 167

Müşterek failler, suçun kanuni tarifte yer alan maddi unsurlarının hepsini yalnız başına gerçekleştirmek zorunda değildirler; aralarındaki iş bölümü gereğince, maddi unsurların bir kısmını gerçekleştirmekle de fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurabilirler. Örneğin, birden fazla hareketle işlenebilen suçlarda (özel belgede sahtecilik) fiillerin her birini ayrı failler yapmış olabilir. Ya da iki fail mağduru bıçak darbeleriyle öldürür ve her biri de öldürücü darbe vururlarsa her ikisi de müşterek fail olacaktır veya bir banka soygunu sırasında suç ortaklarından biri silahıyla bankadakileri etkisiz hale getirirken, diğeri kasadaki paraları almaktadır. Söz konusu olayda, suçun icrası açısından buldukları katkıları birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir.

Suçun işlenişi üzerinde müşterek hâkimiyet kurabilmek için, suç ortağının fiilin işlenişine doğrudan müdahalede bulunması gerekmez. Örneğin suç işlemek için oluşturulmuş örgütlerde, işlenen suçlar ancak emir ve kumanda durumundaki örgüt liderlerinin talimatları sayesinde gerçekleştirilebilmektedir<sup>3</sup>.

Müşterek faillik, her zaman suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamladığı klasik şekliyle ortaya çıkmamaktadır. Bazı hallerde, müşterek faillerden her biri, suçun maddi unsurunu tek başına gerçekleştirmeye gayret etmeye üzere bir müşterek anlaşmaya varırlar<sup>4</sup>. Buradaki amaç fiilin sonuçsuz kalma riskini en aza indirmektir. Bu durumda her bir suç ortağının suçun işlenişine bulunduğu katkı, önemsiz değil eş değerdedir. Örneğin, bir kasden adam öldürme suçunu işlemek için aralarında anlaşmış olan 20 kişinin, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdurun üzerine ateş etmeleri halinde ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura ispat ederken bir kısmı etmez. Böyle bir durumda bütün suç ortakları, şüpheden sanık yararlanır gereğince insan öldürmeye teşebbüsten dolayı mı, yoksa tamamlanmış insan öldürme suçundan dolayı mı sorumlu tutulacaktır? Eski TCK'nin 463. maddesinde mağdura isabet eden merminin hangi müşterek failin silahından çıktığının anlaşılmadığı durumlarda, müşterek faillerin cezasında belli bir indirim yapılması öngörülmekteydi.

3. ROXIN, a.g.e., s.280, naklen İzzet ÖZGENÇ, “Suça iştirakin Hukukî Esası ve Faillik”, İstanbul, 1996, s.265

4. ÖZGENÇ, 267

Müşterek faillerin her birinin suçu tamamlayan eylemi yapması gerekmez; son icra hareketini yapan ile ilk icra hareketini yapan bakımından bir fark yoktur<sup>5</sup>. Örneğin, kalpazanlık suçunda sahte para resminin çizilmesi, baskıya geçirilmesi ve basılması gibi aynı anda olmayan hareketlerin yapılması da fiili birlikte gerçekleştirmek anlamına gelir ve müşterek failliğin kapsamına girer<sup>6</sup>.

Fiil üzerinde kurulan hâkimiyet açısından bir diğer önemli husus da gözcülük yapan kişinin sorumluluğunun ne olacağıdır. Müşterek faillikte, suçun icrası yönünden “ortak hâkimiyet” ve “tamamlayıcılık” kısıtlarının ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekir<sup>7</sup>. Bankadan hırsızlık yapan kişinin kaçması için olay yerine araç bırakan kişi, yardım eden sayılacağı halde, aralarındaki anlaşma ve işbirliği gereğince bankayı soyanı fiili olay yerinden otomobiline alarak kaçan kişi, müşterek fail kabul edilecektir<sup>8</sup>. Burada olayın somut şartlarına göre değerlendirmeyi hâkim yapacaktır. Kanunun Gerekçesinde, gözcülük yapan kişinin fail olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi hususuna değinilmiştir. Örneğin bir işyerinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili, diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi, bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişi üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılmalı ve bu kişi fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

## 2. Birlikte Suç İşleme Kararı

### a. Genel Olarak

Müşterek faillik için zorunlu olan diğer bir unsur da müşterek failler arasında birlikte suç işleme kararının bulunmasıdır. Suçun failleri arasında böyle müşterek bir karar mevcut değilse, bütün failler tek başlarına hareket ediyorlarsa, burada müşterek faillik söz konusu olmayacak, her fail kendi hareketinden sorulu olacaktır. Örneğin, A'yı zehirlemek suretiyle adam öldürmek isteyen B'nin A'ya verdiği zehir tek başına A'yı

---

5. Kayıhan İÇEL, A. Hakan EVİK, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 2. Kitap, İstanbul, 2007, s.276  
 6. Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Özlem ÇAKMUT, “**Ceza Hukukuna Giriş**”, İstanbul, 2006, s.512  
 7. Ersan ŞEN, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.I, İstanbul, 2006, s. 116  
 8. ŞEN, 116

öldürecek nitelikte değildir. Fakat A, aynı zamanda C'nin verdiği çok daha etkili olan zehir nedeniyle ölmüştür. Bu durumda B, kasden adam öldürmeye teşebbüsten dolayı, C ise tamamlanmış adam öldürme suçunun müstakil faili olarak sorumlu tutulacaktır<sup>9</sup>.

Müşterek faillikle iştirakten bahsedebilmek için ortakların işlenecek suç bakımından müştereken hareket ettiklerini bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmeleri gerekir<sup>10</sup>. Ancak bu iradenin varlığı mutlaka ayrıntılı bir şekilde yazılı veya sözlü bir anlaşma yapılmış olmasına bağlı değildir<sup>11</sup>. Birlikte suç işleme kararı, somut olayın durumuna göre ani bir birleşme sonucu da gerçekleşebilmektedir.

### **b. Müşterek Faillikte Sınırın Aşılması:**

Müşterek faillerden biri kararlaştırılan suçun sınırını şuurulu olarak aşarsa, aşılın bu kısım açısından sınırı aşan suç ortağı, ya müstakil fail olarak ya da aşılın kısım için diğer müşterek failleri araç olarak kullanmışsa dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>12</sup>.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, suçun temel şekli açısından aralarında birlikte suç işleme kararı olan suç ortakları müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Burada netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kabul edilen sistem önem taşır. Kusursuz sorumluluğun kabul edildiği sistemlerde, diğer müşterek failler de kusursuz olsalar dahi sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kusursuz sorumluluğu kabul etmeyen, ağır netice açısından en azından taksir dolayısıyla kusurluluğun varlığını arayan sistemlerde ise müşterek faillerin bu ağır neticeden en azından taksir dolayısıyla sorumlu kusurlu bulunmaları gerekmektedir. Yeni TCK'nin 23. maddesinde düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşması için failin en azından taksirle hareket etmesi aranmaktadır. Bu sebeple bizim Kanunumuzda netice sebebiyle ağırlaşmış suç açısından kusurlu sorumluluk kabul edilmiştir ve bu bakımdan müşterek failin sorumlu tutulması en azından taksirli olmasına bağlıdır.

9. ÖZGENÇ,277

10. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.770, Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, no:1233

11. DÖNMEZER/ ERMAN II, n.1233

12. Roxin a.g.e, s.295 vd, naklen ÖZGENÇ, 279



### **c. Müşterek Faillik ve Suçun Konusunda Yanılgı:**

Müşterek failler ancak birlikte suç işleme kararı çerçevesinde işlenen fiillerden dolayı sorumlu tutulacaklar; diğer müşterek faillerin işlediği herhangi bir fiilden dolayı sorumlu tutulmayacaklardır.

ROXIN, bu konuyla ilgili olarak şöyle bir örnek vermektedir<sup>13</sup>: Bir siyasi kişiyi öldürmek için aralarında anlaşan birkaç kişi muhtelif yerlerde pusuya yatarlar. Bu suç ortaklardan bir tanesi, yanılarak beş alakasız kişiyi öldürür; ancak altıncı seferde amaçlanan kişiyi öldürür. Böyle bir durumda diğer suç ortakları altı defa kasten adam öldürme suçundan değil, bir kişiyi kasten öldürmekten dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.

## **B. ÇEŞİTLİ İHTİMALLERDE MÜŞTEREK FAİLLİK**

### **1. Özgü Suçlarda Müşterek Faillik:**

Özgü suçlarda müşterek faillik durumu ile ilgili olarak yapılan yeni düzenleme eski sistemi değiştirmiştir. Eski TCK'nin 339. maddesinde, memur tarafından sahte belge düzenlenmesi suçu düzenlenmekteydi. Bu memur kişi ile birlikte memur olmayan kişinin birlikte sahte belge düzenlemeleri halinde bu kişi de aynı suçtan fail olarak sorumlu tutulmaktaydı. Buna göre, mahsus suçlarda müşterek faillik kabul edilmekteydi. Bu uygulamanın temelini de Eski TCK'nin 66. maddesi oluşturmaktaydı. Bu madde ile şahsa bağlı cezayı artıran hallerin ortaklara sırayeti düzenlenmişti.

Yeni TCK'nin 40. maddesinin 2. fıkrasında özgü suçların işlenişine iştirak düzenlenmiştir. Buna göre özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilecektir. Bu suçların işlenişine iştirak edenler ise ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır. Bu düzenleme karşısında özgü suçlarda müşterek faillikten söz etmek mümkün olmayacaktır. Faili sadece kamu görevlisi olabilen bir suçta örneğin, resmi belgede sahtecilik, rüşvet, görevi kötüye kullanma gibi özgü suçlarda, kamu görevlisi olmayan kişiler, ancak azmettiren (TCK m. 38) ya da yardım eden (TCK m.39) olabileceklerdir.

13. Roxin a.g.e, s.287 vd, naklen ÖZGENÇ, 282

## 2. Taksirli Suçlarda Müşterek Faillik:

Taksirli suçlarda müşterek failliğin söz konusu olup olmayacağı tartışılan bir konudur.

Doktrindeki ağırlıklı görüş taksirli suçlarda müşterek failliğin söz konusu olamayacağını yönündedir. Bu yazarlar fikirlerini, istenmeyen ve hatta öngörülmeleyen bir fiile iştirak etmenin mümkün olmadığına, iki taksiri tek bir unsur haline getirmenin mümkün olmadığına, taksirli suçlarda neticenin istenmemiş olmasına ve buna bağlı olarak birlikte hareket etme kararından bahsetmenin mümkün olmayacağına dayandırmaktadırlar<sup>14</sup>.

Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde taksirli suçlara iştiraki kabul etmemiştir<sup>15</sup>. Yeni TCK iştirak açısından konuyu açık bir şekilde düzenlemiş ve 40. maddesinin 1. fıkrasında “suça iştirak için, kasten... işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

## C. YARGITAY’IN UYGULAMASI

Yargıtay verdiği kararlardan müşterek faillikle ilgili olarak fiili hâkimiyet ve birlikte hareket etme kararını aramıştır.

Yargıtay’ın müşterek faillik için aradığı bir husus fiili hakimiyettir. Yargıtay’ın 25.05.2007 tarihli bir kararı bu unsurun ortaya koyulması açısından açıklayıcı niteliktedir. Söz konusu karara göre, “5237 sayılı TCK’nin 37. maddesindeki ‘suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu tutulur’ şeklindeki düzenleme karşısında 765 sayılı TCK’nın 64/ f.I maddesinden farklı unsurlar içerdiği dikkate alındığında; olayda sanıkların birlikte aldıkları suç işleme kararına bağlı olarak maktulün ikamet ettiği köye geldikleri, bu karar doğrultusunda sanıklardan Sait’in evin yakınında silahı ile beklediği çevre güvenliğini sağladığı, ayrıca maktulün evden kaçması ihtimaline karşı fiili tamamlama görevi aldığı, diğer sanığın evin önünde silahı ile yer aldığı, bu şekilde iş bölümü esasına dayalı olarak fiilin işlenişi üzerinde müşterek hâkimiyet kurdukları anlaşılmalı ve sanıkların 37. maddesine göre müşterek fail sayılması”<sup>16</sup> gerekir.

14. Bu görüşler için bkz DÖNMEZER/ ERMAN no: 1250

15. Yarg. 2. CD., 27.05.1998, www.kazanci.com.tr

16. 1. CD. 25.05.2007, 6133/ 4096, Ali PARLAR, Muzaffer HATİPOĞLU, “Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu”, Ankara, 2008, 847

Yargıtay'ın yardım eden ve müşterek failliği karşılaştırdığı kararları bulunmaktadır. Örneğin 1. CD, 15.05.2007 tarihli kararı bu yöndeki kararlarından biridir: *“Tartışma sırasında önce, duran araç içinde bulunan maktule, her iki sanığında kendi tabancalarıyla ayrı ayrı ateş ederek yaraladıkları, bilahare anık Serkan'ın, şoför maballinde oturan ve yaralı vaziyette bulunana maktulu tekmelemesi ve otonun direksiyonuna geçerek aracı hareket ettiği, yaklaşık 200 m. kadar sonra aracı durdurup içeriden açtığı son ön kapıdan maktulu aşağı attığı sonra kendisi de inerek maktulun yanına gelip yakın mesafeden kafasına birkaç el ateş ederek öldürdüğü olayda; maktulün, sanıklar İsmail ve Serkan tarafından, 37. Madde anlamında doğrudan doğruya birlikte öldürülmesine rağmen sanık Serkan hakkında yardım eden şeklinde değerlendirilmesinin bozma sebebi sayılması gerekir”*<sup>17</sup>.

Fiil hâkimiyeti de değerlendirirken kanun maddesinde yer alan *“suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”* şeklindeki açıklamasıyla yetinmemiş maddenin gerekçesini de kararlarında temel almıştır. Yargıtay'ın bu yönde verdiği çeşitli kararları bulunmaktadır.

Yargıtay bir kararında uyuşturucu maddeyi teslim alınacağı yere götürün, burada satıcıya teslim eden ve sonunda da parayı alan kişiyi müşterek fail olarak kabul etmiştir. Söz konusu kararda *“Suça konu çuval içerisindeki uyuşturucu maddeyi teslim edilebileceği yere kadar getirip, bu yerde alıcı kılığındaki muhbir ile kocasına teslim edip, daha sonra uyuşturucu maddenin satımından elde edilen parayı kocasından alarak olay yerinden uzaklaşan sanık A'nın gerçekleştirdiği eylemler itibarıyla faillik statüsünün, TCK m.37'de öngörülen hale uyduğu”*<sup>18</sup>.nu belirtmiştir. Başka bir kararında, *“Oluş ve kabule göre sanık Şerafettin mağdurenin ırzına geçebilmek için yardım istediğinde sanığın da kabul ederek mağdurenin kollarını tutup direncini kırarak diğer sanığın da eylemi gerçekleştirdiğinin anlaşılmasına göre, sanığın eyleminin ırza geçme suçuna asli iştirak niteliğinde olduğu kabul edilmelisi”*<sup>19</sup> gerektiğini dile getirmiştir.

17. 1. CD, 15.05.2007, 5411-3712, Sedat BAKICI, :**“5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri”**, Ankara, 2008, s. 747

18. Yarg. 10. CD. 21.03.2007, 89/ 3384, İsmail MALKOÇ, **“Açıklamalı- İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu”**, C.I, y.y.y., 2007, s.255

19. Yarg. 5. CD., 21.03.2002, 1567/ 1765, PARLAR/ HATİPOĞLU, 841

Yargıtay, kanun maddesinin gerekçesinde yer alan gözcülük örneği doğrultusunda kararlar vermektedir. “Sanık Ferhat’ın araç içerisinde mağdurenin urzına geçtiği sırada diğer sanıkları Mehmet ve Hüseyin’in aracın dışında silahlı olarak gözcülük yapıp eylemin icrasına yardımcı oldukları ve 5237 sayılı Kanununun 37. maddesinin gerekçesi karşısında, bu madde uyarınca müşterek fail olarak sorumlu tutulup cezalandırılmaları gerektiği gözetilmeden 39. madde uyarınca eksik ceza tayin edilmesinden bozulmasına”<sup>20</sup> karar verilmiştir. Bir başka kararında, “Pencereye tırmanan diğer sanık İbrahim’i yukarıya kaldırarak yardım eden ve gözcülük yapmak suretiyle de eyleme doğrudan katılan sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 37/ f.I maddesi yerine 39/2 maddesi ile uygulama yapılması boza sebebidir”<sup>21</sup> saymıştır.

Yargıtay’ın yardım eden ve müşterek fail arasındaki ayırım değerlendirdiği kararlar bulunmaktadır. “37. madde uyarınca müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Müşterek faillikte her iki suç ortağı, suçun işlenişi üzerinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır. İştirakin diğer bir hali yardım eden sorumluluktur. Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir. Yardım edenin sorumluluğu TCK’nun 39. Maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak eylemlerini işlemesi halinde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.”<sup>22</sup>

20. Yarg. 5. CD.,13.03.2005, 2005/ 17568, PARLAR/ HATİPOĞLU, 845

21. 6. CD. 22.01.2007, 19090/134, PARLAR/ HATİPOĞLU, s.846

22. Yarg. 13.03.2007, 1122-2452, MALKOÇ, 256

Yargıtay bir diğer kararında müşterek faillik için irade birliğini olması gerektiği dile getirmiştir. Söz konusu kararda, “ *Olayda sanıkların birlikte silah tedarik ederek maktulün çalıştığı yeri öğrenip geldikleri, nöbet tutmakta olduğu sırada her iki sanığın ateş ederek onu öldürdükleri, başlangıçtan beri irade birliği içinde ve hazırlık olarak suçu işleyerek sonucunu aldıklarından sanıkların taammüden ve kan gütme saiki ile maktulü öldürdüklerinin kabulü ile TCK'nın 64. maddesi delaletiyle 450/4-10. maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi*”<sup>23</sup> bozma nedeni sayılmıştır.

Yargıtay'ın bu yönde verdiği bir başka karar irade birliği olmadığı için müşterek failliği kabul etmemiştir. Söz konusu karara göre, *Sanık Abdullab Koyuncu'nun adı geçen diğer sanığın eylemine katılmadığı, her iki sanığın olayın başından itibaren yağma eyleminin gerçekleştirme amacıyla fikir ve irade birliği içerisinde buldukları saptanamadığından, müşterek fail olmadığı şeklinde değerlendirmek gerekir*<sup>24</sup>. Bir diğer kararında da “*Sanık Tayfun ve Yunus'un önceden fikir ve irade birliği içinde mağdureyle ilişkide bulunmak amacıyla eve girdikten sonra sanık Tayfun'un mağdureyi tuttuğu, Yunus'un da ona yardımla ayaklarından tutarak odaya sürükleyerek götürdükleri, burada birlikte tutup ağzını bantladıkları, Tayfun'un silahla tehdit edip kıyafetlerini çıkarmaya çalıştığı, sanık Yunus'un zorla ırza geçmeye teşebbüs eylemine doğrudan katıldığı, oluşa göre sabit olduğu halde TCK m.64/f.1 maddesine göre cezalandırılması yerine fer'i iştirakten hüküm kurulması bozma sebebidir*”<sup>25</sup> şeklinde değerlendirilmiştir.

Yargıtay müşterek fail sayılabilmesi için kişilerin arasında irade birliği olması gerektiğini ararken, bu iradenin kapsadığı kadarıyla kişileri müşterek fail olarak sorumlu tutmakta, daha ağır sonuç için o kişiyi müstakil fail olarak değerlendirmektedir. Örnek bir kararında bunu değerlendirmiştir: “*Yakınanın elinde gördükleri cep telefonunu mesaj çekme bahanesiyle almaya karar veren sanıklardan Ferhat'ın olay yerinde beklediği sırada sanık Mesut'un yakınandan mesaj çekme bahanesiyle aldığı cep telefonu ile yakınan ve tanık ile birlikte yürümeye başladıkları ve yakı-*

23. Yarg. 1. CD. 23.09.1998, 1910/ 2845 PARLAR/ HATİPOĞLU, 839

24. 6. CD., 20.09.2007, 945-9455, BAKICI, 746

25. Yarg. 5. CD., 06.11.2002, 2896-7300, PARLAR/ HATİPOĞLU, 841

26. 6. CD., 06.04.2006, 7499/ 3499, PARLAR/ HATİPOĞLU, s.845

nanla tanıştığı ıssız bir sokağa getirdiği, telefonu geri istemesi üzerine, arka cebinden çıkardığı usturayı aralarında bir buçuk metre mesafe bulunan yakınana gösterip bir şey söylemeden kaçması biçiminde gerçekleşen eyleminin silahlı yağma suçunu, ilk karşılaştıkları yerde bekleyerek, diğer sanık Mesut ile buluşup cep telefonunu satan, yakınana ait cep telefonunun mesaj çekme bahanesiyle alınacağını bilen ancak diğer sanık Mesut'un ustura çekerek korkutup telefonun alınması olayını görmeyen ve bu konuya ilişkin bir açıklamada bulunmayan sanık Ferhat'ın ise hırsızlık suçunu oluşturmadan yazılı biçimde hüküm kurulması gerekir"<sup>26</sup>.

Bir başka kararında da *"Sayaç kullanmadan kaçak elektrik kullanarak suyu kuyudan çekmek konusunda aralarında en başından itibaren eylemi bilerek işleme iradesi ile aralarında para toplayarak tesisatı kurup beyanlarına göre yaklaşık iki ay kadar süreyle bu şekilde fiili işlediklerinden, sanıkların aralarında iştirak iradesi olduğunu"* kabul etmiştir"<sup>27</sup>.

## SONUÇ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile eski sistem terk edilmiş ve faillik, azmettiren ve yardım edenden oluşan üçlü bir sorumluluk prensibi benimsenmiştir. Bu sorumluluk şekilleri belirlenirken kullanılacak temel kriter fiil üzerindeki hakimiyettir. 37. maddenin gerekçesinde, asli iştirak-feri iştirak ayrımının adil ve eşit olmayan cezalandırmalar içeren, uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olan sonuçların ortadan kaldırılması gerektiği ve bu maksatla hâkimiyet ölçütüne dayalı sorumluluk statüsünün kabul edildiği belirtilmiştir.

---

27. 2. CD., 04.07.2007, 7403-10010, BAKICI, 746

## Tüm Yönleriyle Rüşvet Suçu

Aslıhan Kart\*

### GİRİŞ

Günümüz devletlerinin en önemli ve önlenemeyen sorunlarından birini oluşturan rüşvet suçu, son zamanlarda yapılan rüşvet baskınlarıyla birlikte gündemi yeniden, yoğun biçimde işgal etmeye başlamıştır. Rüşvetin nedeninin esas itibarıyla ekonomik nedenler olduğu ve özellikle ekonomik kriz dönemlerinde artış gösterdiği düşünülse de, rüşvet suçunun ekonomik yönden gelişmiş ülkelerde de işleniyor olması, tek nedenin ekonomik sorunlar olmadığını göstermektedir. Psikolojik ve toplumsal etkenler de hesaba katılmalıdır. Bürokratik dağınlık ve engeller, Őeffaflıęın olmayışı, yargı sisteminin bazı durumlarda etkisiz kalması (rneğin; davaların çok uzun sürmesi nedeniyle ilgililerin yargı yoluna başvurmaktan kaçınmaları ve haklarını hukuk dışı yollardan elde etmeye çalışmaları) gibi etkenler de rüşveti yaygınlaştırmaktadır<sup>1</sup>.

Rüşvet, bir kamu görevi ile yükümlü olan kimsenin, görev ve yetkilerini belli bir kişi ya da gruba çıkar sağlamak amacıyla kötüye kullanarak, karşılığında bazı menfaatler elde etmesi olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Rüşvet suçu, sayılan nedenlerden ötürü, hizmeti alanlar üzerinde kamu hizmetinin eşit olarak verilmediği ve "satın alınabileceği" yönünde bir izlenim bırakmaktadır. Bu sebeple devletin var olmasıyla birlikte ortaya çıkan rüşvet suçu, tarihin her aşamasında tüm devletler tarafından cezalandırılmıştır. Eski Yunan'da, rüşvet alan kamu görevlilerinin Őerefsizlik, başka bir deyişle medeni hakları kullanamama cezası ile cezalandırılmaları; Roma döneminde, rüşvet alan hakimin ölüm ile cezalandırılması; yine Roma döneminde, rüşvet alan senato üyesinin senatodan ihraç

\* Ankara Hukuk Fakültesi ğrencisi.

1. **Artuk M.Emin-Gökçen** Ahmet-**Yenidünya** A.Caner, Ceza Hukuku zel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, 2006, sh.692-693
2. **Bozdoğan Akbulut** Berrin, "Rüşvet Suçları", SÜHFD Milenyum Armağanı, C:8, Sayı:1-2, Konya, 2000, sh.633



edilmesi; Cermen Hukuku'nda, hukuk işlerinde rüşvet alan hakimin zarara göre tazminata hükmedilmesi, ceza işlerinde rüşvet alan hakimin ise ölümle cezalandırılması; Kilise Hukuku'nda, dini hukuka dair bir davada rüşvet alan yargıcın kiliseden ihraç ve yargıcılık görevinden azil, rüşvet verenin de kiliseden ihraç ile cezalandırılması; İslam Hukuku'nda, tazir cezası ile cezalandırılan rüşvet suçunu işleyen hakimin görevinden azledilmesi<sup>3</sup> buna verilebilecek en güzel örneklerdir. Daha yakın tarihe gelindiğinde Osmanlı Devleti'ndeki düzenlemeler göze çarpmaktadır. Tanzimat Fermanı'na dayanılarak çıkarılan ve derli toplu hükümlerin ilk kez yer aldığı 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde rüşvet alan ile veren arasında farklı cezalar öngörülmemiş; irtikap da bir tür rüşvet olarak kabul edilmiştir<sup>4</sup>. 1851 tarihli Kanun-u Cedit'te de benzer hükümler bulunmuştur. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun tercümesi olarak meydana gelen 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unda "rüşvet olarak henüz akçe veya eşya alınıp verilmiş olmayıp da fakat ol bapta senet veya tahvil verilmiş veyahut senet dahi alınmayarak rüşvet teatisi üzerine yalnız bir mukavele-i mahsusu vuku bulmuş olduğu takdirde" denilerek rüşvet anlaşmasından bahsedilmektedir. Buna göre, suçun tamamlanması için bedelin verilmesi ve karşılığında vaat edilen işin yerine getirilmesi aranmamış, rüşvet anlaşmasının taraflar arasında kurulmuş olması yeterli görülmüştür. Hatta anlaşma olmaksızın, rüşvetin sadece talep edilmesi de bir cezalandırma sebebidir ve fakat rüşvet verenin pişman olup suçu ihbar etmesi halinde memurdan müsadere edilen miktarın yarısının rüşvet verene mükafat olarak verilmesi dikkat çekicidir. Bundan amaçlanan, rüşvetin gizli kalmasını önlemektir.

Karşılaştırmalı hukuk bağlamında ele alındığında rüşvet suçunun türleri, kanunlarda düzenlendiği fasıllar, yaptırım dozları, nitelikli haller, etkin pişmanlık gibi konularında farklı düzenlemeler olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin; İsviçre Ceza Kanunu, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, Federal Alman Ceza Kanunu, 1950 tarihli Yunan Ceza Kanunu ve 1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'na bakıldığında rüşvet alma ve rüşvet verme suçları açısından, yapılacak veya yapılması istenen işin göreve uygun veya aykırı olmasına göre farklı düzenlemeler içerdiği görülmektedir<sup>5</sup>.

- 
3. **Artuk-Gökcen-Yenidünya**, "Ceza Hukuku zel Hükümler", sh.705-710
  4. **Artuk-Gökcen-Yenidünya**, "Ceza Hukuku zel Hükümler", sh.711
  5. **Artuk-Gökcen-Yenidünya**, "Ceza Hukuku zel Hükümler", sh.712



## TÜRK HUKUKUNDA RÜŞVET SUÇU

Öncelikle rüşvet suçu, yapısına göre “*çok failli bir suç*”tur. Bu konuda Türkan Yalçın Sancar’ın yaptığı ayrıma da bakıldığında<sup>6</sup>, çok failli suçlar yapıları itibarıyla ikiye ayrılmaktadır. Bunlar; karşılaşma suçları (iki taraflı çok failli suçlar) ve tek taraflı çok failli suçlardır. Karşılaşma suçlarında gerçekte istenen iki veya daha fazla hareketin her birinin, en azından ceza hukuku bağlamında tek başına bir anlamı yoktur. Cezalandırılmak istenen husus her bir sujenin kendi hareketi değil, bu hareketlerin *karşılaşmasıdır*. Karşıt yönlerden ve farklı nitelikteki etkilerle suçun işlenişine katkıda bulunan bu kimseler, işlenen suçun faili olarak sorumlu olurlar. Bu nedenle suçun işlenişine böyle bir katkısı olan kişilerin hiç biri söz konusu suçun mağduru olarak da nitelendirilemezler<sup>7</sup>. Karşılaşma suçları da kendi arasında “homojen hareketli” ve “heterojen hareketli” çok failli suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Çok failli suçların önemli bir bölümünü oluşturan heterojen hareketli karşılaşma suçlarında failer, farklı hareketlerde bulunurlar ve bazen de bu faillerden her birinin hareketi, farklı suçlara vücut verebilir. Heterojen hareketli karşılaşma suçlarına “vermek” ve “almak”, “teslim etmek” ve “teslim almak” eylemlerine dayanan suçlar dahil edilmektedir. Bir heterojen çok failli suç olan rüşvet suçunda da, birbirinden farklı iki hareket olan *vermek* ve *almak* hareketleri karşılaşmakta ve aslında tek olan suçun, taraflar bakımından farklı isimlerle anılan iki görünümü ortaya çıkmaktadır<sup>8</sup>.

Rüşvet, 1982 Anayasası m.76’da zimmet, ihtilas, irtikap, inancı kötüye kullanma, hırsızlık gibi suçlarla birlikte yüz kızzartıcı suçlar arasında sayılmıştır. Rüşvet suçu, bir kamu görevlisi ile herhangi bir kimse arasında gerçekleştirilen ve kamu görevlisinin yetkilerinin icrası ile ilgili bir iş için diğ erinden haklı olmayan bir karşılık kabul etmesi sonucunu doğu r an anlaşmadır<sup>9</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.252/3’te de rüşvet “*bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyile vardığı anlaşma çerçevesinde yarar sağlamasıdır.*” şeklinde tanımlanmıştır. nemli olan rüşvete dair anlaşma-

- 
6. **Yalçın Sancar** Türkan, “Çok Failli Suçlar”, Doktora Tezi, Ankara, 1995, sh.96 vd.
  7. **İçel** Kayıhan, “Suç Teorisi”, 2.Baskı, İstanbul 2000, sh.369
  8. **Yalçın Sancar** Türkan, “Çok Failli Suçlar”, sh.407
  9. **Toroslu** Nevzat, “Ceza Hukuku zel Kısım”, 2.Baskı, Ankara, 2007, sh.291

nın yapılması; bedelin verilmesinin ve karşılığın yerine getirilmesinin bu anlaşma doğrultusunda olmasıdır. Herhangi bir anlaşma olmaksızın işin sonrasında verilen (veya alınan) şeyler rüşvet suçuna değil, şartları oluştuğu taktirde görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir<sup>10</sup>.

Rüşvet suçunun aynı zamanda bir “mahsus (zg) suç” olma niteliği göz önünde tutulduğunda, rüşvet alma suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilecektir. Kimin kamu görevlisi sayılacağı konusunda başvurulacak yer ise TCK m.6/1-c’dir. Buna göre kamu görevlisi, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”dir. YTCK’daki kamu görevlisi tanımı ile ETCK’daki “memur” tanımının terk edildiği görülmektedir. Ancak YTCK, m.252/4’te rüşvet suçunun alanı genişletilmiş ve bu maddede sayılan *kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, kamu kurum ve kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler veya halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkilerin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere* görevlerinin gereklerine aykırı olarak sağlanan yararlar da rüşvet kapsamında ele alınmıştır.

Kişinin fiili işlediği sırada kamu görevlisi olması fail sayılabilmesi için yeterlidir. Fiilin vazife başında işlenmemesi, mesai saatleri dışında, tatilde veya işyeri dışında işlenmesi suçun oluşunu bakımından bir önem arz etmemektedir.

Rüşvet verme suçunun faili ise herhangi bir kimse olabilir. Rüşvet veren de kamu görevlisi olabilir. Bu taktirde kamu görevlisi sıfatı, rüşvet verme suçu açısından bir unsur olmadığından, diğer şartların mevcudiyeti halinde verilecek ceza TCK m.257/1 bağlamında belirlenebilir. Bu anlamda TCK’nin 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunla değişik m.252/5 ile rüşvet verme bakımından faillik alanı genişletilmiştir. Buna göre, “*yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum ve kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hkmetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütle-*

10. **Bozdoğan Akbulut** Berrin, “Rüşvet Suçları”, sh.639

*rin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de” de rüşvet sayılacaktır. YTCK ile rüşvet alan ve veren arasındaki ceza farklılığı ortadan kaldırılmış; rüşvet verenin de kamu görevlisi gibi değerdendirileceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu hükümle birlikte rüşvet veren açısından seçimlik hareketli bir suç ortaya çıkmıştır.*

Rüşvet suçunun mağduru ise rüşvet veren değil, toplumu oluşturan herkeştir<sup>11</sup>. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ise ancak suçtan zarar gören olabilirler.

YTCK’da, 765 sayılı ETCK’da yer alan “basit rüşvet alma” ve “basit rüşvet verme” suçlarına yer verilmemiştir. YTCK, rüşvet suçu açısından sadece ETCK’daki nitelikli rüşveti cezalandırmaktadır<sup>12</sup>. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin aslında yapmaması gereken bir işi yapmak veya yapması gereken bir işi yapmamak için menfaat temin etmesi halinde kamu görevlisi rüşvet suçu nedeniyle cezalandırılacaktır. Yargıtay’ın 2007 yılında verdiği bir kararında<sup>13</sup> da “*saniğın görevi gereği yapması gereken ipotek tesisi işlemini yapma karşılığında müştekidenden 250 YTL isteyip alma şeklindeki eylemi*”nin 765 sayılı TCK m.212/1 gereği rüşvet suçuna vücut verdiği, ancak 5237 sayılı TCK m.252 ile bunun kaldırıldığı, söz konusu olayda YTCK m.257’deki görevi kötüye kullanmak suçu vasfının bulunduğu kabul edilmiştir. Basit rüşvet alma olarak nitelendirilen durumlarda, diğer unsurların da oluşması kaydıyla YTCK m.250’de düzenlenen irtikap suçu düşünülebileceği gibi, m.257’deki görevi kötüye kullanmak suçunun oluşabileceği de düşünülebilecektir. Yargıtay’ın da bu yönde görüşleri mevcuttur<sup>14</sup>. ETCK’nin 212. ve 213. maddelerinde haklı bir işin yapılması veya yapılmaması gereken bir işin yapılmaması için menfaat temin edilmesi halinde bu, basit rüşvet alma ve verme olarak kabul edilmekteydi. 5237 sayılı YTCK m.252’nin hükümet gerekçesinde; “*baklı bir işin gördürülmesi amacına yönelik olarak menfaat sağlanması halinde, icbar suretiyle irtikap suçunun*” oluşacağı belirtil-

11. **zgen** İzzet, “Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar”, Ankara, 2002, sh.200

12. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), **5.CD.19.06.2006 Tarih, 6032 E., 5755 K.**

13. **5.CD.03.05.2007 Tarih, 84 E., 3195 K.**; aynı yönde, **5.CD.22.02.2007 Tarih, 1334 E., 1469 K.**

14. **5.CD.04.10.2006 Tarih, 8814 E., 7571 K.**

miştir<sup>15</sup>. Haklı bir iş için menfaat temin edilmesi halinde eğer irtikap suçunun şartları oluşmamışsa, görevi kötüye kullanma hükümleri söz konusu olabilir. Ancak bu durumda kamu görevlisine menfaat temin eden kişi cezalandırılmayacaktır.

Rüşvet suçunun oluşum anı ile ilgili m.252/1'e göre rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde de suçun tamamlanmış olacağı kabul edilerek cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Belirli bir işin, belirli bir menfaat karşılığında yapılması veya yapılmaması konusunda kamu görevlisi ile menfaati kamu görevlisine temin edecek olan kimsenin irade serbestisi çerçevesinde anlaşmaları halinde "rüşvet anlaşması" söz konusu olacaktır. Buradaki anlaşmadan kasıt, mutlaka bir sözleşme niteliğinde irade beyanında bulunmak veya yazılı bir belgeye sahiplik demek değildir. Önemli olan, her iki tarafın da yarar sağlaması ve bunun karşılığında yapılacak iş arasında bir bağlantının bulunduğu bilinci ile hareket edilmiş olmasıdır. İlk teklifin kimden geldiğinin bir önemi yoktur. Taraflar arasında önceden yapılmış herhangi bir anlaşma olmaksızın, bir işin yapılmasından dolayı menfaat elde edilmesi rüşvet suçunu oluşturmayacaktır. Somut olaya göre görevi kötüye kullanmaya veya disiplin suçunun oluşumuna neden olacaktır.

Kamu görevlisinin elde edeceği yarar karşılığında yapacağı veya yapmayacağı işin, görevi ile ilgili olması gerekmektedir. Kamu görevlisinin yapmak veya yapmamak zorunda olduğu iş için "özel olarak" görevlendirilmesine gerek yoktur; "genel olarak" yetkili olması sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir. Ancak rüşvet suçunun cezalandırılma nedenleri ve korunan hukuki yarar göz önünde tutulduğunda, kamu görevlisinin dolayısıyla görevli olduğu hallerde de rüşvet suçunun oluşacağı kabul edilmelidir<sup>16</sup>. Yargıtay'ın da görüşü aynı doğrultudadır<sup>17</sup>.

Rüşvet suçunun en önemli unsurlarından biri olan "yarar sağlama"daki "yarar" kavramından anlaşılması gereken hususlar konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre<sup>18</sup> yarar, kamu görevlisinin ekonomik, kişisel ve hukuksal durumunu objektif olarak

15. **Özgenç** İzzet, "Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi", Ankara 2005, sh.1014

16. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", sh.718

17. **YCGK**, 20.12.1971 Tarih, 5-51 E., 417 K.

18. **Tezcan-Erdem-Önok**, "Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku", sh.766; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", sh.725

iyileştiren her türlü edimdir. Bunlar; para verilmesi, kredi sağlanması, kıdeminin yükseltilmesi şeklinde menfaatler olabileceği gibi, özellikle kişisel durumunu maddi bazı avantajlar olmaksızın iyileştiren, cinsel ilişki elde edilmesi gibi yararlar da olabilir. Bir diğer görüşe göre<sup>19</sup> ise yarar, para, mal gibi maddi yarar olarak anlaşılmalıdır. Bu doğrultuda, ilk görüşte sayılan hukuksal menfaat örnekleri arasındaki “kıdemin yükseltilmesi” ve kişisel menfaatler arasında sayılan “cinsel ilişki elde edilmesi” rüşvet kapsamı dahilinde değildir.

Rüşvet suçunun söz konusu olması için, sağlanan ve alınan menfaatin, yapılması veya yapılmaması istenen işin karşılığı olarak verilmesi gerektiğinden, “hediye” verilmesinin rüşvet kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği şeklinde düşünceler vardır<sup>20</sup>. Hükümet gerekçesinde de “*baksız menfaatin, hukuki olmayan bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla temin edilmiş olması gerekir.*” denilerek, herhangi bir anlaşma veyahut teklif bulunmaksızın, iş yapıldıktan sonra duyulan memnuniyeti ifade etmek amacıyla verilen veya alınan hediyenin rüşvet sayılmayacağıının kabul edildiği pek çok yazarca benimsenmektedir. Bunun rüşvet mi hediye mi olduğunun tespiti için de arada belli bir oransızlık olup olmadığına bakılması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, eğer yapılan iş ile karşılığında elde edilen menfaat arasında açıkça bir oransızlık söz konusu ise, kazanılan yarar çok ufak bir miktar ise bu, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmasını etkilemeyeceğinden rüşvet olarak kabul edilmemelidir<sup>21</sup>. Doktrindeki genel kanaat bu yöndedir. Ancak kanımızca, bunun somut bir kritere bağlanamaması, “ufak miktar”dan kastedilenin kişiye, şartlara ve zamana göre değişebilmesi, bu nedenle temin edilen her türlü menfaatin miktarına ve oranına bakılmaksızın rüşvet olarak tanımlanması daha doğru olacaktır.

Rüşvet suçu manevi unsur yönünden ancak “doğrudan kast” ile işlenebilmektedir. Ayrıca elde edilecek yarar karşılığında işin yapılması veya yapılmaması şeklinde özel bir kast, daha doğrusu “saik” de gerekmektedir. Suçun taksirli biçimi kanun tarafından cezalandırılmamıştır.

19. **Toroslu** Nevzat, “Ceza Hukuku Özel Kısım”, sh297; **Özgenç** İzzet, “Ekonomik Çıkar Sağlamak Amacıyla İşlenen Suçlar”, sh.196

20. **Bozdoğan Akbulut** Berrin, “Rüşvet Suçları”, sh.640

21. **Toroslu** Nevzat, “Ceza Hukuku Özel Kısım”, sh.298

TCK, m.252/2'ye göre, rüşvet suçunun ‐yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mail müşavir‐ tarafından işlenmesi halinde, failin konumu nedeniyle ağırlaştırıcı etkiye sahip nitelikli bir durum söz konusu olacaktır. Fıkroda belirtilen ‐yargı görevi yapan kişi‐ kavramına dahil edilecek kişiler, TCK, m.6/1-d'ye göre ‐yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler ye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar‐dır. TCK m.252/2'ye göre, m.252/1'de belirtilen ceza, hem rüşvet alan hem de –karşı tarafın sıfatını bilmesi halinde– veren için üçte birden yarısına kadar artırılabilir. Fıkroda sayılan kişilerin yerine getirdikleri kamu görevinin büyük oranda güvene dayalı olması, adil ve tarafsız olmalarını gerektirmesi, cezanın artırılmış biçimiyle cezalandırılmayı gerekli kılmaktadır.

TCK, işlenen rüşvet suçu ile kendisine yarar sağlayan tüzel kişi hakkında TCK, m.60 bağlamında güvenlik tedbiri uygulanmasını öngörmüştür. İlgili madde 253'e bakıldığında, bu tedbirlerin uygulanabilmesi için rüşvet suçunun tüzel kişinin yöneticileri tarafından işlenmesi yeterli değildir; bu suçun işlenmesiyle tüzel kişi lehine haksız bir yarar da sağlanmalıdır<sup>22</sup>.

Kanun, m.254'teki düzenlemesi ile rüşvet olaylarının açığa çıkmasını sağlamak amacıyla, rüşvet alan, rüşvet veren ve rüşvet suçuna iştirak edenler açısından ‐etkin pişmanlığı‐ Şahsi bir cezasızlık nedeni saymıştır<sup>23</sup>. İlk olarak m.254/1'de, rüşvet alan kamu görevlisinin kendisi hakkında herhangi bir soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu Őeyi yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde rüşvet suçundan dolayı cezaya hkmedilmeyeceği belirtilmiştir. Bu soruşturma kavramının idari soruşturmayı da kapsadığı Şüphesizdir. Ancak bu ihtimalde eylemin suç vasfı halen devam ettiğinden, kamu görevlisine verilen mal veya değerin müsadere edilmesi gerekmektedir<sup>24</sup>. İkinici olarak m.254/2'de rüşvet veren kişinin etkin pişmanlığına dair düzenleme mevcuttur. Fıkroya göre, rüşvet veren veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yine soruşturma başlamadan önce, ‐pişmanlık duyarak‐ soruşturma makamlarını haberdar etmesi halinde etkin pişmanlıktan faydalanması mümkün olacak-

22. **Toroslu** Nevzat, ‐Ceza Hukuku zel Kısım‐, sh.299

23. **Toroslu** Nevzat, ‐Ceza Hukuku zel Kısım‐, sh.300

24. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, ‐Ceza Hukuku zel Hükümler‐, sh.736

tır ve rüşvet suçundan dolayı cezaya hkmedilmeyecektir. “*Pişmanlık duyarak*” ibaresinin rüşvet veren kişi açısından, rüşvet alana ilişkin ilk fıkradan farklı olarak özellikle aranması çok da anlaşılır bir durum değildir. Ayrıca göze çarpan farklardan biri de, rüşvet alan kamu görevlisinin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için, temin ettiği Őeyi yetkili makamlara aynen teslimi; henüz teslim almamış ise yetkili makamları bu konuda haberdar etmesi gerekirken; rüşvet veren kişinin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için soruşturma makamlarını haberdar etmesinin yeterli görülmesidir. Ayrıca bu durumda rüşvet konusu Şeyin müsaderesi söz konusu değildir. nc ve son olarak, m.254/3’te rüşvet suçuna iştirak edenlerin etkin pişmanlığı düzenlenmiştir. Bu kişilerin soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak, durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmeleri halinde, rüşvet suçundan dolayı cezalandırılmayacakları kabul edilmiştir. Bu kişiler hakkında 5271 sayılı yeni CMK, m.223/4 gereğince “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilecektir.

Rüşvet suçunu özel görünüş biçimleri açısından değerlendirmek gerekirse, öncelikle rüşvet suçuna iştirak konusu ele alınmalıdır. Rüşvet suçuna iştirak halinde YTCK’daki iştirake dair genel hükümler (m.37 ila 41) uygulanacaktır. Rüşvet suçunun çok faillilik yapısına uygun olarak düzenlenmesi nedeniyle, ETCK’daki gibi ayrıca rüşvete aracılık edenin, rüşvet suçunun taraflarından hangisi için çalışmışsa onun ortağı sayılacağına dair hüküm yoktur<sup>25</sup>. Rüşvet suçuna iştirakin hangi ana kadar gerçekleşebileceği ise tartışmalıdır. İştirakin, anlaşma anına kadar mı yoksa menfaatin temin edildiği ana kadar mı mümkün olduğu konusunda farklı görüşler vardır. Bu noktada m.252/1, m.252/3 ve teşebbüs ile ilgili hükümler değerlendirilmelidir. Ancak bu maddeler değerlendirilirken kanunun, aslında rüşvet suçuna teşebbüs aşaması olan “anlaşma”yı da suçun tamamlanmış Şekli gibi cezalandırması nedeniyle, iştirakin de yalnızca anlaşmaya kadar olabileceği Şeklinde yorumlanması hatalıdır. Rüşvet suçuna iştirak “menfaatin temin edildiği” ana kadar mümkündür.

Rüşvet suçunda teşebbüsün söz konusu olması için, henüz rüşvet anlaşması kurulmamış olmalıdır. Kanun, daha önce de bahsedildiği üzere kişilerin, rüşvet anlaşmasının kurulması halinde de suçun tamamlanmış

25. Artuk-Gökcen-Yenidünya, “Ceza Hukuku zel Hükümler”, sh.698



şekli ile cezalandırılacaklarını hükme bağlamıştır. Kamu görevlisi fertten rüşvet ister, fert bunu kabul etmezse suç rüşvet alan bakımından<sup>26</sup>; fert rüşvet vermeyi teklif eder, kamu görevlisi bunu kabul etmezse suç, rüşvet veren bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Çünkü icra hareketleri failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamıştır. Yargıtay da 2006 yılındaki bir kararında<sup>27</sup> “*rüşvet verme suçunun oluşabilmesi için rüşvet verilmesi veya rüşvet konusunda anlaşmaya varılması gerekeceği, somut olayda ise hükümlünün görevli memura rüşvet teklif ettiği ve bu teklifin görevli memurca kabul edilmediği, bu durumda suçunun teşebbüs aşamasında kaldığının gözetilmemesi*”ni bozma nedeni olarak görmüştür. Ancak istisnai bir durum olarak TCK m.252/5’te, rüşvet veren açısından suçun tamamlanmasının sınırı, yararın doğrudan veya dolaylı olarak “*teklif veya vaat edilmesi*”ne kadar çekilmiştir.

Kamu görevlisi, bir menfaat karşılığında görevinin gereklerine aykırı olarak hareket ederken, rüşvetin yanı sıra farklı suçlara da vücut verilmektedir. Rüşvet suçunun bu farklı suçları işleyebilmek için araç olarak kullanılması halinde, ortaya çıkan bu yeni suçun da gerçek içtima hükümleri çerçevesinde cezalandırılması gerekecektir. Ve fakat bu araç-amaç ilişkisi, rüşvet suçunun nitelikli hallerinden birini meydana getirmemelidir. Sahte belge düzenlemek veya işkence yapmak için rüşvet almak örnek olarak verilebilir. Çünkü sahte belge düzenlemek veyahut işkence yapmak rüşvet suçunun bir unsuru değildir.

Rüşvet suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir türü olmakla birlikte, bu suça ek olarak menfaat teminini de içerir. Menfaatin temin edildiğinin tam ve kesin olarak tespit edilemediği durumlarda, rüşvet suçu yerine TCK m.257/1 gereğince görevi kötüye kullanma üzerinden hüküm tesis edilebilir. Ancak madde uyarınca, görevin gereklerine aykırı davranılması “kişinin mağduriyetine” veya “kamunun zararına” neden olmalıdır.

Bu anlamda unsurları bakımından birbirine çok karıştırılan iki suç olan rüşvet ve irtikap suçları arasında aslında hiç de yadsınamayacak farklar bulunmaktadır. Rüşvet suçunda hem menfaati alan hem de veren sorumlu iken, irtikapta yalnızca menfaati elde eden kişinin cezai sorum-

26. Artuk-Gökçen-Yenidünya, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, sh.731

27. 5.CD.07.03.2006 Tarih, 1006 E., 1440 K.



luluğu olacaktır. Nedeni; rüşvet suçunda, kamu görevlisi olmayan tarafın kendi rızası ile ve aradaki anlaşma bağına dayalı olarak yararı sağlaması; irtikapta ise karşı tarafın iradesinin, kamu görevlisi tarafından icbar niteliğindeki hareketlerle veya ikna etme amaçlı hileli hareketlerle ortadan kaldırılması veyahut kişinin, karşıındaki kamu görevlisine menfaat temin ettiğinin farkında olmamasıdır. Başka bir deyişle irtikapta kamu görevlisi ile karşıındaki kişi arasında bir eşitlik yoktur. Kamu görevlisi elindeki kamu gücünü kullanarak kişiyi etkisi altına almaktadır<sup>28</sup>. Fakat TCK m.252'nin hükümet gerekçesinde *baklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine yarar sağlanması halinde icbar suretiyle irtikap suçunun oluşacağının* söylenmesi, tarafların aralarındaki anlaşmaya istinaden haklı bir işi yaptırmak için de menfaat alışverişinde bulunmaları durumunda kamu görevlisi olmayan tarafın cezasız kalması demektir. Bu sebeple bu açıklama çok da isabetli değildir.

Aynı iş için birden fazla kamu görevlisine rüşvet verilmesi veren açısından; aynı iş için birden fazla kişiden rüşvet alınması ise rüşveti alan kamu görevlisi açısından teselsül hükümlerinin (TCK m.43) uygulanmasına yol açacaktır. Ancak rüşvet anlaşması gereği edimin kısım kısım sağlanması, teselsül oluşturmaz<sup>29</sup>.

TCK m.235/4 gereğince, ihaleye fesat karıştırmak için rüşvet alma suçunun işlenmesi halinde kamu görevlisi, hem rüşvet hem de ihaleye fesat karıştırma suçlarından dolayı cezalandırılacaktır<sup>30</sup>.

5237 sayılı TCK m.255 ile, kamu görevlisinin görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyararak yarar sağlaması, rüşvetten ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.Fakat bu suç, 765 sayılı TCK döneminde rüşvet suçu ile aynı fasılda yer almaktaydı ve bu nedenle pek çok eleştiriye maruz kalmaktaydı.

Rüşvet suçunun kovuşturma usulüne gelince; 19.04.1990 tarih ve 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu” hükümleri uyarınca, suç haberini alan savcılık hem doğrudan soruşturmaya başlayacak, hem de bununla birlikte durumu ilgili kamu görevlisinin çalıştığı daireye de haber verecektir. Savcılık yap-

28. **Soyaslan** Doğan, “Ceza Hukuku zel Hükümler”, 4.Baskı, Ankara 2002, sh.613

29. **Tezcan-Erdem-nok**, Teorik ve Pratik Ceza zel Hukuku, sh.768

30. **5.CD.26.12.2006 Tarih, 12792 E., 10667 K.**

tığı soruşturma neticesinde yeterli delilin mevcut olduğuna karar verirse dava açacak, aksi halde takipsizlik kararı verecektir (CMK, m.172).

Ve en nihayetinde rüşvet suçunun müeyyidesi ele alınmalıdır.Öncelikle, TCK'de rüşvet alan ile rüşvet veren arasında müeyyide açısından hiçbir fark yoktur.m.252'ye göre, “*Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*”. Buna göre, rüşvet suçunun müşterek faillerine dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilecektir<sup>31</sup>. Madde 252/2'deki hallerde (suçun yargı görevi yapan, hakem, noter, bilirkişi veya yeminli mali müşavir tarafından işlenmesi) ise ceza üçte birden yarısında kadar artırılabacaktır.

---

31. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, sh.738

**KAYNAKÇA**

**Artuk M.Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya A.Caner**, "CEZA HUKUKU ÖZEL HÜKÜMLER", 7.BASKI, ANKARA, 2006

**İçel Kayıhan**, "SUÇ TEORİSİ", 2.BASKI, İSTANBUL, 2000

**Özgenç İzzet**, "TÖRK CEZA KANUNU GAZİ ŞERHİ", ANKARA, 2005

**Özgenç İzzet**, "EKONOMİK ÇIKAR AMACIYLA İŞLENEN SUÇLAR", ANKARA, 2002

**Soyaslan Doğan**, "CEZA HUKUKU ÖZEL HÜKÜMLER", 4.BASKI, ANKARA, 2002

**Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Önok Murat**, "TEORİK VE PRATİK CEZA ÖZEL HUKUKU", 5.BASKI, ANKARA, 2007

**Toroslu Nevzat**, "CEZA HUKUKU ÖZEL KISIM", 2.BASKI, ANKARA, 2007

**Yalçın Sancar Türkan**, "ÇOK FAİLLİ SUÇLAR", ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI, YAYINLANMIŞ DOKTORA TEZİ, ANKARA, 1995

**Bozdoğan Akbulut Berrin**, "RÜŞVET SUÇLARI", SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ MİLENYUM ARMAĞANI, C:8, SAYI:1-2, KONYA, 2000

**[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi: 11.03.2008**

---

## **Cinsel Suçluların Islahında Güncel Bir Yöntem Kimyasal Kastrasyon**

---

Zeynep Türkmen/Selda Mercan/Neylan Ziyalar\*

---

Cinsel suç işlemiş olanların vücuduna bazı kimyasal maddelerin verilmesi sonucu hadım etmek olarak tanımlanabilecek olan “Kimyasal Kastrasyon”, günümüzde Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Hollanda, İsveç ve Danimarka’da belli koşullarda kullanılmaktadır. Bunlar dışında bazı ülkeler ise kimyasal kastrasyon uygulamalarına şüpheli yaklaşmakta, konu ile ilgili olan gerek bilim gerekse hukuk alanında tartışmalar devam etmektedir. 2007 yılının son haftalarında İngiliz basınında yer alan “Sex offenders agree to chemical castrations - Cinsel suçlular kimyasal kastrasyona razı” başlıklı bir haber bu tartışmaların alevlenmesine neden olmuştur. Gündem de bu kadar sıcak bir biçimde yer alan konu hakkında tarihçe, genel uygulama, biçim ve alanları ve konu hakkındaki tartışmayı aktarma amacıyla yazılmış bu derlemede konu hukuki, adli tıbbi ve fizyolojik yönleri ile ele alınmıştır.

### **KASTRASYONUN TARİHÇESİ**

Antik çağda, kastrasyon, erkek genital organının tamamının alınmasını kapsardı. Hatta Bizans İmparatorluğu’nda ölüm kararı olarak uygulandığı bildirilmiştir. Dini veya sosyal sebeplerden dolayı Çin, Afrika, Hindistan, Orta Asya ve Avrupa gibi belirli kültürlerde de sıkça kullanılmıştır. Savaşlardan sonra, kazananlar, esirlere zaferlerinin sembolik ifadesi ve güç simgesi olarak kastrasyonu uygulamışlardır. Bazen de özel bir sosyal statü sayılarak, kastrasyon uygulanan kişiler, kısmen bürokratik mevkilerde ve saray işlerinde kullanılırlardı. Örneğin Osmanlı’da saray bölümlerinden biri olan “Harem”de çalışırlardı. Çin tarihinin pek çok devrinde ise özellikle Hun ve Ming Hanedanlarında, erkeklerin güçlerini ellerinden almak amacıyla kullanıldığı bilinmektedir. Ayrıca bazı toplumlarda doğum kontrolü amacıyla da kullanıldığı bildirilmektedir.

---

\* İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, 34303, Cerrahpaşa İstanbul

20. yy'nin başlarından itibaren, özellikle Avrupa kıtasında kastrasyon ve sterilizasyon uygulamalarına yer verildiği görülmüştür. 1930'lardan 1945'in sonlarına kadar bu tür uygulamalarda artış olduğunu bildiren kaynaklar da vardır. Ancak 1945'ten sonra, bir başka deyişle 20. yy'ın ikinci yarısında bu türden uygulamalar hızla ortadan kalkmıştır.

Tarih boyunca çeşitli amaçlarla kullanılan kastrasyon, Amerika Birleşik Devletleri'nde cinsel suçları cezalandırmak için kullanılmıştır ve günümüzde bazı eyaletlerde yasalarla tanımlı olarak kimyasal kastrasyon şekli kullanılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nin, Florida eyaletinde çocuk tacizcileri, tecavüzcüler ve cinsel suçlular toplumun en kötü üyeleri arasında kabul edildiğinden, 1900'lerin sonlarına gelindiğinde bu eskiden kalma yaptırımını kullanıyor olması şaşırtıcı değildir. 1990'lara gelindiğinde Florida mahkemesi, cinsel suçlulara kimyasal kastrasyonun yolunu açan, Florida yasalarını uygulamaya başlamıştır. Çünkü kanun koyucular, nesnel olabilmek adına cerrahi bir müdahale yerine ilaçla sonuca gidilmesini savunmuşlardır. Bu yeni yasa, tekrarlayan cinsel suçu bulunan mahkûmların, tutukluluk hallerine şartlı son vermeyi ve cinsel hazzı azaltıcı hormon tedavisini haftada bir enjekte etmeyi emreder. Cinsel suçlular için uygulanan ve cinsel güdülerini baskı altına alan ilaçlar işe yarasa da, bu uygulama tıp ve psikoloji alanlarından gelen eleştirilere sebep olmuştur. Özellikle bireysel özgürlüğü savunan kesim, mahkeme emriyle uygulanan mecburi kimyasal kastrasyonun anayasaya aykırı olduğunu savunmuşlardır.

Özellikle İskandinav ve Avrupa ülkelerinde cinsel suçlulara, rıza gösterdikleri takdirde cerrahi veya kimyasal kastrasyon uygulandığına ilişkin raporlar vardır. Çocuk tacizcilerinin, tecavüzcülerin ve cinsel sadist eğilimi olanların, gözaltında uzun süre tutulmaları yerine, topluma yeniden kazandırılmasında etkin bir tedavi yöntemi olarak cerrahi kastrasyon son seksen yıldır, kimyasal kastrasyon ise son 30 yıldır seçenek olarak sunulmuştur.

### **KASTRASYON ÇEŞİTLERİ VE ETKİLERİ**

Tarih boyunca cezalandırma, tedavi veya diğer alanlarda uygulamasına rastlanan kastrasyonun farklı tipleri bulunmaktadır. Fiziksel (cerrahi) kastrasyon, testislerin alınması olayıdır ve bu sayede testosteron hormonunun azalmasını sağlayarak cinsel dürtünün ortadan kaldırılması, en azından azaltılması amaçlanır. Bu tür bir kastrasyonun yan etkileri, terle-

me, yüz ve vücut tüylerinin kaybolması, kilo alma ve cildin yumuşamasıdır. Cerrahi kastrasyon kalıcıdır.

Kimyasal kastrasyon ise cerrahi müdahale gerektirmeyen sterilizasyonun yeni bir şeklidir. Bu işlem haftada bir kez testosteron inhibe edici bir hormonun enjekte edilmesi ile gerçekleştirilir. En çok kullanılan hormon Depo-Provera adıyla bilinen, kadınlarda gebeliği önleyici bir ilaç olan, Medroxyprogesteron-acetate (MPA)'dir. Bu müdahalenin erkeklerdeki yan etkileri, ereksiyonun ve ejakülasyonun azalması ve sperm sayısında azalma şeklinde görülmektedir. Ayrıca; kilo alma, letarji, soğuk ter, ani ateş, kâbus görme, hiper tansiyon, kan şekerinin yükselmesi, kısa nefes alma, testislerde küçülme gibi etkilere de rastlanmaktadır [5]. Ancak ereksiyon ve ejakülasyon yeteneği, tedaviye son verilmesinden bir hafta sonra yeniden kazanılmaktadır.

İlk kimyasal kastrasyon uygulamasında, ABD - Michigan Eyalet mahkemesi 1984'de cinsel suç işlemiş bir mahkûmun MPA enjeksiyonu yapılması koşuluyla şartlı tahliye edilmesine karar vermiştir.

Psiko-farmakoloji alanında çalışmaları bulunan Paul A. Walker, MPA'nın kullanımına ilişkin deneysel çalışmaların lideri olmuştur. Walker bu ilacın, tek başına bir terapiden, hatta cerrahi kastrasyondan da daha etkili olduğuna inanmıştır. Bu ilacı alan erkeklerdeki testosteron seviyesi ergenlik öncesindeki seviyesine düşmektedir.

Kriminoloji ve kriminal kişiler üzerinde çalışmalar yapmış olan Dr. Louis Girard' ın, suç davranışlarını ne gibi faktörlerin etkilediği üzerine yaptığı bir çalışmadan elde ettiği sonuca göre, birçok suç, yüksek testosteron seviyesinden kaynaklanmaktadır. Bu erkek hormonu, erkeğin vücut şeklini, saç modelini, sesinin tonunu tanımlar. Girard erkeklerde sinirliliğe de yol açtığını ifade etmektedir. Girard; "Bu sebeple bir aygırı bağlayamazsınız ve terbiye etmek imkânsızdır, ayrıca erkek köpekler çok saldırgandırlar ve insanları ısırabilirler. Bu yüzden erkekler riski göze alabilir ve çok yüksek öfke patlamaları gösterebilir, çok hızlı araba kullanırlar ve kendilerini tehlikeye atacak kavgaya karışabilirler" der. Şiddet suçlarında, bu eğilim abartılır ve çok aşırıya taşınır" der. Girard, bu yüzden kimyasal kastrasyonun benzer agresif tepkileri azaltacağına hatta ortadan kaldırılacağına ve uygulaması mümkün olan bu sistemin, daha uysal ve rehabilite edici imkanlar sunan, eğitime cevap verir ve topluma uyumlu bireyler meydana getireceğine inanır.

Hem cerrahi hem kimyasal kastrasyon, sistemdeki testosteronun miktarını düşürür ve böylelikle cinsel dürtüyü ve erotik betimlemenin frekansını azaltarak geçici iktidarsızlığa neden olur.

Kimyasal kastrasyonun keşfinden sonra fiziksel kastrasyonun kullanılması tıp camiası tarafından genellikle tavsiye edilmemektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin Florida eyaletinde 1997'de yürürlüğe giren Kastrasyon Kanununda cinsel suçtan yargılanan tüm mahkûmlara MPA uygulaması kabul edilmiştir. Eğer kişinin geçmişte cinsel suç işlediği biliniyorsa söz konusu şahıs mahkeme tarafından MPA ile cezalandırılır ve bir sağlık uzmanının gözetiminde haftada bir MPA enjekte edilir. Şayet şahıs şartlı tahliyesinden sonra, ikinci kez benzer bir suç işlerse, o zaman hakim kimyasal kastrasyon yerine cerrahi kastrasyonu tercih edebilir.

1997 Temmuz'unda, Amerika Birleşik Devletleri'nde 4 eyalette (Florida, California, Montana ve Texas) cinsel suçlulara, kimyasal veya cerrahi kastrasyonu ceza olarak öngören yasa onaylanmıştır. Texas yasası, cinsel suç işleyen kimseye, yargıcın bir seçenek olarak kastrasyonu önermesine müsaade ederken Florida, Montana ve California'da kastrasyon yasası daha serttir. Florida yasası, yargıçtan, tekrar edilmiş cinsel suçta bulunan suçluya kimyasal veya cerrahi kastrasyonu kabul ettirmesini ister. California da aynı uygulamayı sadece 13 yaşından daha küçük çocuklara karşı cinsel suç işlemiş olanlara için uygulanmasını öngörmektedir. Bu kişilerin şartlı tahliyesi sadece Depo-Povera almalarına bağlı olarak testosteron seviyelerinin ergenlik öncesi seviyesine dönmeye bağlıdır. Montana Eyalet yasası, tacizde bulunan veya ensest ilişkisi olan kişi üzerinde kimyasal kastrasyonu kabul ettirmesi hususunda yargıcı zorlamaz ama buna müsaade eder. Bazı medikal uzmanlar, yasama meclisinin doktor rolü oynamaması gerektiğini iddia ederler. Uzmanlar, mahkemenin suçlu için medikal kastrasyon tedavisini istemeleri gerektiğini ve hangi tedavinin uygulanacağı hususunun doktora bırakılması gerektiğini savunurlar. Cinsel suçluyu tedavi eden pek çok doktor, kastrasyon yasasını onaylamayı istemez, çünkü bu tür yasalar tüm tecavüzcüler için aynı uygulamayı emreder.

Kanun uygulamasında yer alan tıbbi uzman kavramı psikiyatrist, fizyoloji uzmanı betimlemekte ve bu uzmanların eğitim, deneyim ve filozofik tutumları sayesinde adayın tedaviye uygunluğu belirlenmektedir.

Tedavi görmüş suçlular üzerinde yapılan araştırmalar, yeniden suç işleme oranlarını; MPA tedavisini reddedenlerde %58, MPA tedavisine son verenlerde %35 ve MPA tedavisine hala devam edenlerde %18 olarak bildirmektedir.

### **KARŞI GÖRÜŞLER**

Herhangi iki cinsel suçlunun aynı olmadığını ve aynı olsalar bile yasaların onları tedavi edemeyeceğini iddia eden karşı görüşler vardır. Bir suçlunun hangi kategoriye girdiğini saptamak oldukça güçtür fakat bu grupların bazılarında kastrasyon başarılı şekilde uygulandığı için bu ayırımı yapmak çok önemlidir.

Pek çok çeşit cinsel suçlu vardır. Cinsel suçluların motivasyonları hakkında değişik görüşler öne sürülmektedir. Her ne kadar son yıllarda cinsel suç motivasyonunun aslında şiddet gösterme motivasyonu olduğu görüşü yaygınlık kazanmış ise de bazı cinsel suç tiplerinde temel motivasyonun cinsel uyarım ve doyum olduğu görüşünü savunanlar da azımsanamayacak boyuttadır.

Bazı yorumcular kimyasal kastrasyonun suçluların tedavisinde yararlı olabileceğine inansalar da, bazıları, özellikle şiddet gösterme ve karşısındaki aşagılama motivasyonu ile suç işleyenler aciz duruma bile gelseler, suç işlemek için kolaylıkla başka yöntem bulabileceklerine ve kastrasyon uygulamanın faydasız olduğuna inanırlar.

Bazı çalışmalar, yaygın tartışma konusu olan “tecavüz tam olarak güç ile ilişkilidir, tatmin olunan cinsel bir eylem değildir ve bu yüzden kastrasyon işe yaramayacaktır” anlayışının yanlış olduğunu desteklemektedir. Şimdiye kadar kimyasal kastrasyona tabi tutulan erkeklerin hala ereksiyon olduklarını ve cinsel birleşmeyi gerçekleştirebildiklerini, fakat isteklerinin zayıfladığını hatta söndüğünü ortaya koyan bir çalışma bulunmaktadır. John Hopkins Üniversitesi psikiyatri uzmanı olan ve cinsel suçlularını tedavi eden, Fred Berlin, kastrasyonun, özellikle de, suç işlerken cinsel anlamda uyarılanlar, sadistler ve pedofilikler gibi suçlu türlerinde işe yarayacağını işaret etmektedir.

Tekrar edilmiş cinsel suçu olanlar için kastrasyonun uygun olmadığını savunucuları ise, “Kimyasal kastrasyonda kullanılan ilaçların etkilerinin olması bile kastrasyonun kabul edilmemesi için yeterlidir” de-



mişlerdir. Zira Amerika Birleşik Devletleri'nde kastrasyon için en çok kullanılan Depo-Provera, kadınlarda çok az yan etkisi olan ve doğum kontrolünde bir metod olarak tavsiye edilen ilaçtır. Erkeklerde ise, bir kadın hormonu olduğundan doğal olarak çok fazla yan etkisi olduğu belirlenmiştir. Bazıları önemsiz olsa da, bazıları erkekler için önemli derecede tehlikeli olabilirler. Yüksek tansiyonlu erkekler için haftada bir ilacın enjeksiyon yoluyla alınımı makul değildir. Diğer yan etkileri, ciddi alerjik reaksiyonları içermesi ve kanın pıhtılaşması şekliyle hastaları öldürebilmesidir.

Bazı kişilerde, kimyasal kastrasyonda kullanılan bazı ilaçların, suç oranını arttırdığı düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, bu yan etkileri ve risk faktörleri ile erkeklerin tedavisine karşı hekim tavsiye etse bile, ilacın bu suçlara uygulanabilirliğinin uygun olmayacağı görüşündedirler.

İnsan hakları savunucuları, "İlaçlar tamamen suçlu üzerinde etkili olsa ve yan etkileri olmasa bile, tekrar eden cinsel suç işleyenlerde zorunlu olarak kimyasal kastrasyonun yapılması hala kabul edilemez" görüşündedirler. Ancak zaten kastrasyonun amacı cinsel suçluyu tedavi etmek ve ceza uygulamamaktır. Çok sayıda ülkenin ceza yasalarına göre, akli başında olan insanlara istemedikleri halde medikal tedavi yapan hekimin, suç işlediğinin de göz önünde bulundurması gerekir. Zorla enjekte edilen ilaçlar, anayasalarda korunmuş olan yaşama hakkı, kişinin özlük haklarına saygı ve bedensel bütünlük gibi hakları ihlal etmektedir. Bir suçun cezalandırılması, tıpkı zorla enjeksiyon uygulanmasında olduğu gibi, gönüllülük ilkesi üzerine uygulanamaz. Bazı muhalif görüşler ise tekrar cinsel suç işlemiş olanlara zorla kastrasyon uygulamanın, acımasızca ve sıra dışı bir cezalandırma olduğunu söylemektedirler.

Öte yandan, ülkemiz 5237 sayılı Ceza Yasasında cinsel suç işlemiş olanlara kimyasal kastrasyon uygulamasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Eğer bilimin tüm alanları, cinsel suçu engelleyebilecek bir bilgiye sahip iseler, bu donanımın ivedilikle cinsel suçlar üzerinde kullanılmasının önünün açılması gerekmektedir. Eğer bulgular kastrasyonun sadece, suç işleyerek cinsel haz duyanlar veya pedofiller üzerinde işe yaradığını göstermekte ise, o zaman sadece bu tür suçlular için kullanılmalıdır. Birçok pedofilin her hafta 2-3 çocuk ile bağlantı kurduğunu, pek çok suçludan daha fazla suça yatkınlık oranının olduğunu ve

bazı pedofiliklerin taciz suçunun birçok çeşidini yakalanmadan önce işlediklerini göz önünde bulundurursak, şu bir gerçektir ki, eğer onların tekrar taciz etmesini durduracak medikal bir yol var ise, o zaman uygulanması gereklidir.

Görüldüğü gibi, cinsel suçlularda mecburi kastrasyon yasasına karşı görüşte olan farklı gruplar vardır. Bu gruplar görüşlerini bazen Amerika Birleşik Devletleri Federal Anayasası' na, bazen toplum güvenliğine, bazen de mecburi kastrasyon yasasını zorla kabul ettirmenin uygulanabilirliğine dayandırır. Amaç, tedavi etme, ehliyetsizlik, cezalandırma ve caydırıcılıktır. Öyle görünüyor ki, kimyasal kastrasyonun onaylanmasında, uygulamanın tedavi edici olması adalet sisteminin en önemli amacıdır. MPA tedavisi ile suçlu haklarının daha az kısıtlandığı ispat edilemedikçe, uygulama karşıtlarının, diğer yollarla cezalandırmanın daha önemli ve etkili olduğuna inanacaklardır. Bunun için tedavinin geçerli olması ve aşağıdaki şartları sağlaması gerekir. Bunlar;

1. Tedavi edici bir değer taşıması gerekir.
2. Deney aşamasında değil standart bir tıbbi uygulama niteliğinde olması gerekir.
3. Devam eden psikoterapi, programın bir parçası olmalıdır.
4. Yararı, yan etkisinden daha fazla olmalıdır.

Tıpkı diğer suçlu tiplerinde olduğu gibi cinsel suçlarda da her olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir.

#### KAYNAKÇA

- Edwards, R.** (2008) Sex offenders agree to chemical castrations, The Telegraph. <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2008/01/06/ncastrate106.xml> (Son güncelleme tarihi: Şubat 2008)
- Naz KR, Gupta SK, Gupta JC, Vyas HK, Talwar GP.** (2005) Recent advances in contraceptive vaccine development: a mini-review, *Human Reproduction* 20:3271-3283
- Giordano, K.** (2000) The chemical knife, <http://archive.salon.com/health/feature/2000/03/01/castration/print.html> (Son güncelleme tarihi: Şubat 2008)
- Vanderzyl, K.** (1994) Castration as an alternative to incarceration: An important approach to the punishment of sex offenders. *Northern Illinois University Law Review*, 15, 107-140.
- Icenogle, D.** (1994) Sentencing male sex offenders to the use of biological treatments: A constitutional analysis. *Journal of Legal Medicine*, 15, 279-304.
- Walker, PA, Meyer, WJ.** (1981) Medroxy Progesterone Acetate treatment for paraphiliac sex offenders: In JR Hayes, TK Roberts, KS Solway (Eds.) *Violence and the violent individual*, New York, SP Medical and Scientific Books, pp 353-373.
- Girard, LJ.** Castration as a deterrent to violent crime, [http://castration\\_next\\_step.tripod.com/id5.html](http://castration_next_step.tripod.com/id5.html) (Son güncelleme: Şubat.2008)
- Hicks, P.** (1993) Castration of sexual offenders: Legal and ethical issues. *Journal of Legal Medicine*, 14, 641-667.
- Spalding, LH.** (1998) *Florida State University Law Review* 25, 117-139, 1998.
- Meyer, W., Cole, C., Emory, E.** (1992) Depo Provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 20 (3), 249-258.
- Fritzgerald, E.** (1990) Chemical castration: MPA treatment of the sexual offender. *American Journal of Criminal Law*, 18, 1-60.
- Peters, K.** (1993) Chemical castration: An alternative to incarceration. *Duquesne University Law Review*, 31, 307-328.
- Berlin, F.** (2000) "Treatments to Change Sexual Orientation," *American Journal of Psychiatry*, Vol 157.

---

## Prof. Dr. Uğur Alacakaptan Makale Yarışması

---

ELSA (European Law Students Association)'nın her yıl düzenlediği  
**Prof.Dr. Uğur Alacakaptan Hukuk Makaleleri Yarışması**'nın  
ikincisi 22 Mayıs 2008'de sonuçlandı.

“Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu” konulu yarışmada ödüle  
değer görülen makaleler:

**Birincilik ödülü: Uğur Sarper Boz,**  
*Galatasaray Üniversitesi*  
*Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi*

**İkincilik Ödülü: Orçun Gündüz,**  
*Avukat,*  
*İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*  
*Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi*

**Üçüncülük Ödülü: M.Serhat Kaşıkara**  
*Konya Selçuk Üniversitesi*  
*Hukuk Fakültesi 4.Sınıf Öğrencisi*

Değerli çalışmalarından dolayı kutlar, başarılarının devamını dileriz.

Saygılarımızla

**TÜRK CEZA HUKUKU DERNEĞİ**

## 1982 Anayasası Uyarınca Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu\*

Uğur Sarper Boz\*

### SUNUŞ

*“Yorumcunun, [Anayasa'nın] yapılış zamanındaki amaçlarla ve sözlerle kendini pek bağı saymaması gerekir. Parlamento tutanakları ve komisyonların raporları, yakılmasa bile sağlam bir kasada saklanarak, sadece birer tarihsel belge addedilmelidir. Öte yandan Anayasa'yı koymuş olan organın üyeleri de, iyi niyetli olsalar bile, birer insandurlar ve bu sebeple hiçbir zaman hatalardan sıyrılmış olmayıp, zamanla ve zamanın şartlarıyla sınırlı görüşlere sahiptirler. Bir parlamento üyesinin şu veya bu meselede düşündüğü, söylediği şeyler tarihsel bakımdan enteresan olabilir; fakat güncel bir meselenin hâllinde asla elverişli değildir. Aynı şey Anayasa koyucu hakkında da söylenebilir. Anayasa'nın kabulü esnasında bir üyenin olumlu veya olumsuz oy verirken neyi düşünüp neyi düşünmediğini tesbit etmek imkânsızdır. Tespit edilse bile, önemli değildir. Çünkü Anayasa'nın rubu ve varmak istediği hedefler, onu kabul eden meclisin üyelerinin psikolojik birer gerçek olan iradeleleriyle bağı olmayacak kadar şümûllü ve elâstikidir.” [KAUFMAN, Erich. Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, s. 12,13, 1952. (Akt. SOY-SAL, Dinamik Anayasa Anlayışı, s. 105.)]*

1. **Hukuki sorun.** 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu açık bir şekilde düzenlenmediğinden, bunun bilimsel yorum faaliyeti neticesinde belirlenmesi önem arz eder. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu bir “hukuki sorun”dur ve hukuki sorunlara yalnızca hukuki çözümler getirilmelidir, dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu incelenirken önceki veya mevcut Cumhurbaşkanları'nın kim-

\* Elsa (European Law Students Association) İstanbul şubesi tarafından düzenlenen II. Alacakaptan Hukuk Makalesi Yarışmasında birincilik ödülü kazanan makale

\*\* Galatasaray Hukuk Fakültesi 4. sınıf öğrencisi

likleri bir kenara bırakılmalıdır. Kuşkusuz, görevini tamamlamış bir Cumhurbaşkanı'nı hiç yargılamama veya görevdeki Cumhurbaşkanı'nı görevdeyken yargılamak niyetiyle yapılacak yorumlar hukuki çözüm olmadığı gibi politik temenniden ötesi de olamaz.

2. **Çalışmanın kapsamı.** Bu çalışma kapsamında, 1982 Anayasası uyarınca Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu ele alınmıştır. Cezai sorumluluğa ilişkin bu çalışmada, maddi hukuka ağırlık verilmiş, açık şekilde düzenlenmiş usûli meselelere atıf yapılmakla yetinilmiştir.

3. **Eserin sistematığı.** [1. Bölüm]'de konu için önem arz eden kavramlar incelenmektedir; (1) Cumhurbaşkanı, (2) Sorumluluk; (2.1.) Hukuki sorumluluk, (2.2) Siyasal sorumluluk ve (2.3) Cezai sorumluluk. Ardından, [2. Bölüm]'de Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun tespiti yapılmaktadır. Buna göre, öncelikle (1) 1982 Anayasası uyarınca ardından (2) Uluslararası hukuk alanında cezai sorumluluk belirlenmiştir. Son olarak, [3. Bölüm]'de Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun gerçekleştirilmesi ele alınmıştır. Dokunulmazlıklar ve kovuşturma engelleriyle ilgili bir bölüme bu çalışma kapsamında yer verilmesi, sorumluluk hukukuna ilişkin bir maddi hukuk çalışmasında yadsınabilir. Ancak, Cumhurbaşkanı'na karşı ne zaman kovuşturma yürütülebileceği, cezai sorumluluğun "*fiilî*" yönüdür ve sorumluluğun etkinliği açısından belirlenmelidir.

4. **Yorum metodolojisi.** Anayasal düzenlemenin açık olmaması, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun belirlenebilmesi için kapsamlı bir yorum faaliyetini gerektirmiştir. Bu kapsamda, düzenlemelerin lafzı, amaçsal ve sistematik yorumları sunulmuş, ardından da kavramların tarihsel gelişiminden, anayasa ve ceza hukuku ilkeleri ile ilişkisinden ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanılmıştır.

## I. Bölüm KAVRAMLAR

### 1. CUMHURBAŞKANI

#### 1.1. KAVRAM

**1. Cumhurbaşkanlığı mâkâmı.** Cumhuriyet rejimiyle yönetilen devletlerde, devletin başı Cumhurbaşkanıdır<sup>1</sup>.

**2. Cumhurbaşkanı'nın nitelikleri.** Parlamenter sistemlerde, devlet başkanı, sembolik yetkilerle donatılmış tarafsız bir hâkem konumundadır<sup>2</sup>.

**3. Siyasi rejimle ilişkisi.** Cumhurbaşkanlığının, demokrasiyle bir bağlantısı yoktur. Cumhuriyetle yönetilen her sistem demokratik olmadığı gibi, cumhuriyet rejimiyle yönetilmeyen monarşiler demokratik olabilir<sup>3</sup>. Cumhurbaşkanı, tercih edilen sisteme göre hâlk tarafından seçildiği gibi meclis tarafından da seçilebilir.

#### 1.2. TARİHİ GELİŞİM

**1. Genel olarak.** Tarihsel süreç içinde monarklar, sorumsuzluklarını korumakla birlikte yetkisizleşmeye başlamıştır. Sonunda, cumhuriyetle yönetilen parlamenter sistemlerin ortaya çıkmasıyla birlikte monarkların yerini Cumhurbaşkanı almıştır<sup>4</sup>.

**2. Türkiye'deki durum.** Osmanlı İmparatorluğunda devlet başkanı Padişahı. Kurtuluş Savaşı sonrası kurulan yeni Türkiye Cumhuriyeti'nde cumhuriyet benimsenmiştir ve Cumhurbaşkanlığı kurumu kurulmuştur.

- 
1. Devlet Başkanları, ve dolayısıyla Cumhurbaşkanı, hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. *GÖZLER*, Devlet Başkanları.
  2. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 297.
  3. Ancak gerçek anlamda bir cumhuriyetten bahsedebilmek için kuşkusuz demokratik bir rejim benimsenmelidir.
  4. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 297.

### 1.3. 1982 ANAYASASI UYARINCA CUMHURBAŞKANI

**1. Nitelikleri.** Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca devletin başıdır ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ve Türk milletinin birliğini, tarafsız bir nitelikte temsil eder.

**2. Anayasa'daki düzenlemeler.** Anayasa'nın III. Kısımının 2. Bölümünde 101 ve 108. maddeler arasında düzenlenmiştir.

**3. Cumhurbaşkanı'nın göreve başlaması ve görevinin sona ermesi.** Cumhurbaşkanı'nın nitelikleri ve seçimi 101. maddede düzenlenmiştir. 102. maddede Cumhurbaşkanı'nın seçim usûlü ele alınmıştır. Cumhurbaşkanı'nın göreviyse farklı sebeplerle sona erebilir<sup>5</sup>. Cumhurbaşkanlığı mâkâmının geçici nedenlerle boşalması hâlinde, Anayasa'nın 106. maddesindeki vekâlet usûlü işletilir.

**4. Cumhurbaşkanı'nın görevleri, yetkileri ve sorumluluğu.** Cumhurbaşkanı'nın, yasama, yürütme ve yargı alanlarında 104. maddede sayılan görev ve yetkileri vardır. Cumhurbaşkanı'nın sâhip olduğu yetki ve görevler, beraberinde bir sorumluluk rejimini gerekli kılar. Ancak Anayasa'da sorumluluk, aynı açıklıkla düzenlenmemiştir.

## 2. SORUMLULUK

### 2.1. HUKUKÎ SORUMLULUK

#### 2.1.1. Kavram

**1. Kavram.** Hukuki sorumluluk, gerçek veya tüzel kişilerin kendi eylem ve işlemlerinden doğan borçlardan sorumludur.

**2. Kural.** Hak ehliyetine sahip herkesin hukuki sorumluluğu mevcuttur<sup>6</sup>.

- 
5. (i) Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin dolması, (ii) Cumhurbaşkanı'nın istifası, (iii) Cumhurbaşkanı'nın ölümü hâllerinde veya (iv) Anayasa'nın 106. maddesi uyarınca başka sebeplerle sona erebilir. Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet ile suçlandırılması hâlinde görevinin sona erip ermediği ise tartışmalıdır.
6. Cumhurbaşkanı'nın, görevi süresince dokunulmazlığa sahip olup olmadığı tartışmalarının, hukuki sorumluluğuna etkisi yoktur. Dokunulmazlık, cezai sorumluluğun mevcut olduğu hâller ile ilgilidir. Bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, c. I, s. 273; *DUGUIT*, s. 812; *TEZİÇ*, s. 384. Bazı sistemlerde, Cumhurbaşkanı'nın hukuki sorumluluğunun dahi dokunulmazlıktan yararlanacağı ve aleyhinde bir dava açılmayacağı savunulmaktadır. İngiltere'de dokunulmazlığının kapsamı yalnızca hukuk davalarına ilişkindir ve cezai kovuşturmalara karşı koruma getirmemektedir. Bkz. *TEZİÇ*, s. 386. Amerika'da *Clinton vs. Lewinsky* davasında Yüksek Mahkeme, Başkan'a karşı görevi sırasında kişisel hukuki sorumluluğu nedeniyle dava açılabilceğine karar vermiştir. Bkz. *GÖZLER*, Devlet Başkanları, s. 27.



### 2.1.2. Göreviyle İlgili Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Hukukî Sorumluluğu

**1. Anayasal boşluk.** Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerden hukuki sorumluluğu düzenlenmemiştir.

**2. Sorumluluğun reddi.** Cumhurbaşkanı'nın bu işlemlerden dolayı hukuki sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

### 2.1.3. Kişisel Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Hukukî Sorumluluğu

**1. Anayasal boşluk.** Cumhurbaşkanı'nın kişisel eylemlerinden hukuki sorumluluğu da düzenlenmemiştir.

**2. Sorumluluğun kabulü.** Cumhurbaşkanı, özel hukuk alanında bir gerçek kişi olarak kaynağı her ne sebeple olursa olsun tüm borçlarından dolayı sorumludur<sup>8</sup>.

## 2.2. SİYASAL SORUMLULUK

### 2.2.1. Kavram

**1. Genel olarak.** Devlet'i yönetenlerin, egemene karşı sorumluluğunu sağlar<sup>9</sup>. Tüm demokrasilerde olduğu gibi ve Anayasa'nın 6. maddesinde belirtildiği üzere egemenlik halka aittir. Halk, egemenlik yetkisini

- 
7. Bkz. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 551; *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 313; *YAŞAR/KİRİT*. Karşılaştırmalı hukukta da sonuç farklı değildir. Bkz. *Comité du Avril*, s. 23; *PACTET*, s. 384. Monarşilerde devlet başkanlarının hukuki sorumsuzluğu kesindir. Bkz. *GÖZLER*, Devlet Başkanları, s. 108. İsviçre Hukukunda ise Federal Konsey'in üyelerinin hukuki sorumluluğu kabul edilmektedir. Bkz. *FAVRE*, s. 194. Yargıtay 4. HD'nin Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı hukuki sorumluluğu bulunmadığını belirttiği bir kararı için bkz. Yargıtay 4. HD. T. 27.04.1987, E. 1987/3701, K. 1987/3701. Aziz Nesin'in Kenan Evren'e karşı açtığı davanın reddedilmesi üzerine, Nesin'in Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurusu da reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Aziz Nesin Türkiye'ye Karşı, No.13901, 6 Temmuz 1989 (Akt. *GÖZÜBÜYÜK*, s. 231). Bu konu çalışma kapsamında olduğundan ayrıca tartışılmayacaktır.
8. Doktrinde ittifakla kabul edilmektedir. Bkz. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 552; *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 313; *YAŞAR/KİRİT*. Karşılaştırmalı hukukta, Almanya, Avusturya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İsrail, İtalya ve Yunanistan'da devlet başkanlarının hukuki sorumluluğu mevcuttur. Bkz. *GÖZLER*, Devlet Başkanları, s. 115.
9. *MAUS*, s. 926. (Akt. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 531,532). Kavram hakkında bkz. *GÖZLER*, Devlet Başkanları, s. 79-85.

doğrudan veya yetkili temsilcileri aracılığıyla kullanır. Dolayısıyla, siyasal sorumluluk, Devlet'i yönetenlerin halk veya halkın temsilcilerine karşı sorumlu olmasıdır.

**2. Yaptırımı.** Siyasal sorumluluğun tek sonucu vardır; görevden alınmak<sup>10</sup>.

**3. 1982 Anayasası.** 1982 Anayasası uyarınca yürütme organı ikili bir yapıdan oluşur; bakanlar kurulu ve cumhurbaşkanlığı. Bakanlar kurulu, halkın temsilcileri olan milletvekillerine karşı siyaseten sorumludur. TBMM, bakanlar kurulunu güvensizlik oyuyla görevden alabilir. Ancak parlâmenter sistemlerde Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğu yoktur<sup>11</sup>. Dolayısıyla, TBMM bir kararla Cumhurbaşkanı'nı görevden alamaz. Bu durumun tek istisnası ise Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet ile suçlandırılmasıdır<sup>12</sup>.

### 2.2.2 Kural Olarak Siyaseten Sorumsuzluk

**1. Siyasal sorumluluğun bulunmaması.** Devlet'in başı sıfatıyla, Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk milletinin birliğini temsil eden, anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözeten ve sembolik yetkilerle donatılan Cumhurbaşkanı, siyasal olarak sorumsuzdur<sup>13</sup>. TBMM'nin alacağı bir kararla görevden alınamaz<sup>14</sup>.

**2. Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler.** Anayasa'nın 105/II. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı mercilerine başvurulamaz<sup>15</sup>.

10. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 301.

11. Bkz. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 531-534.; *YAŞAR/KİRİT*. Bu kural, parlamenter rejimlerde yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanında değil, yürütme organının sorumlu unsuru Bakanlar Kurulunda olduğunu belirtir. Kamu hukukunun ilkeleri gereğince sorumluluk ve yetki, birbirine paraleldir. Bkz. *ÖZBUDUN*, s. 311.

12. Cumhurbaşkanı'nın siyaseten sorumsuzluğuna ilişkin bir diğer istisna, Cumhurbaşkanı'nın bir konuyu referanduma götürüp kabul edilmesi/edilmemesi hâlinde istifa edeceğini açıklamasıdır. Bkz. *BURDEAU/HAMON/TROPER*, s. 550.

13. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 301. Almanya, Finlandiya, İrlanda, İtalya, Portekiz ve Yunanistan'da da devlet başkanları kural olarak siyaseten sorumsuzdur. Avusturya ve İzlanda Başkanları ise sorumludur. Bkz. *GÖZLER*, Devlet Başkanları, s. 81-85.

14. Bkz. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, sf. 532. Vatana ihanet hâlinde dahi doğrudan TBMM'nin kararı ile değil, Yüce Divan'ın kararı sonucunda görevden alınmaktadır.

15. Anayasa'nın yargı yolunu kapatmış olması hukuk devlet ilkesi nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 307-309. Hukuk devletinde, bir kimsenin işlemine karşı yargı yoluna başvuru-

**3. Cumhurbaşkanı'nın diğer işlemleri.** Bu işlemler, karşı imza kuralı gereğince başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır ve bu kararlardan başbakan ve ilgili bakan sorumludur<sup>16</sup>.

### 2.2.3. İstisna Olarak Vatana İhanetten Sorumluluk

**1. Anayasal düzenleme.** Anayasa'nın 105/III. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı, TBMM'nin kararı ile vatana ihanetten dolayı suçlandırılır.

**2. Vatana ihanet sorumluluğunun niteliği.** Vatana ihanetten dolayı sorumluluğun niteliği tartışmalıdır<sup>17</sup>. Doktrinde, ağırlıklı olarak cezai sorumluluk olduğu belirtilmektedir<sup>18</sup>. Ancak, Türk ceza hukukunda vatana ihanet şeklinde bir suç düzenlenmediğinden bu görüş incelenmelidir<sup>19</sup>.

---

ramayacağı düşüncesinin reddedilmesi gerekir. Bu yönde bir istisna ancak hukuk devleti ile eşdeğer seviyede meşru menfaatler ile gerekçelendirilebilir; örneğin kamu güvenliği veya yüksek kamu menfaati gibi. Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlerden bir çoğunun bu kategoride değerlendirilmesi söz konusu olamaz. 1982 Anayasasında öngörölmüş tüm imtiyazlar, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlerle sınırlı kalmaksızın, gerçekten yüksek ve meşru menfaatlerle gerekçelendirilemediği takdirde kaldırılmalıdır. *GÖZLER* de Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlerinde karşı imza kuralına tâbi kılınarak Başbakan ve Bakanların sorumluluğunun sağlanması gerektiğini önermektedir. Bkz. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 533.

16. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, parlamenter rejimlerin karşı imza kuralı ile kamu hukukunun yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesinin hayata geçtiğini belirtmektedir. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 302. *GÖZLER*, Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu rejiminin hukuk devleti ve demokrasi ilkeleri açısından getirebileceği sakıncaların karşı imza kuralı ile giderildiğini savunmaktadır. Bkz. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 533-534; *YAŞAR/KİRİT*. Ayrıca Cumhurbaşkanı'nın hangi işlemlerinin tek başına yapılan işlem sayılacağı hangilerinin ise karşı imza kuralına tâbi tutulması gerektiği hakkında bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 306-309.
17. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*na göre 105. madde kendi içinde çelişen, tutarsız ve oldukça karmaşık bir düzenleme getirmektedir, s. 305. Dolayısıyla, siyasal Cumhurbaşkanı'nın sorumluluk rejiminin belirlenmesi kapsamlı bir yorum faaliyetini gerektirir. Ceza hukukunda yorum hakkında bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 171-197.
18. Bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 257, 259; *ÖZBUDUN*, s. 317; *YAYLA*, s. 173; *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 311.
19. Çalışmanın kapsamı cezai sorumluluk olsa da, vatana ihanetin Türk doktrininde çoğunlukla cezai sorumluluğa ilişkin değerlendirilmesi bunun aksinin ortaya konulmasını zorunlu kılmıştır. Aksi takdirde, çalışmada vatana ihanetin neden cezai sorumluluk kapsamında değerlendirilmediği açıklanamamış olur, hem de Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu incelenirken vatana ihanete ilişkin hükmün hangi sebeple yorum faaliyetinde kullanılmadığı gerekçelendirilememiş olurdu.

### 3. Vatana ihanet kavramı.

**3a. Düzenlemenin lafzı yorumu.** Anayasa'nın 105/III. maddesindeki vatana ihanetten suçlandırılmanın niteliği konusunda bir açıklık yoktur<sup>20</sup>.

**3b. Amaçsal yorum.** Anayasa koyucunun, böyle bir hüküm getirerek Cumhurbaşkanı'na sadece vatana ihanet suçundan mı sorumlu tutmak istediği yoksa Cumhurbaşkanı'nın TBMM önünde sorumlu olmasını sağlayacak bir mekanizma, yani bir siyasal sorumluluk rejimi mi düzenlemeyi amaçladığı açık değildir. 105. madde gerekçesinde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır<sup>21</sup>. Ancak 113. maddenin gerekçesinde Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten dolayı sorumluluğunun "*TBMM önünde sorumluluk*" olduğu belirtilmektedir<sup>22</sup>. Yönetenlerin, Meclis'e karşı sorumluluğu ancak siyasal sorumluluktur. Dolayısıyla, 113. maddenin gerekçesi, açıkça siyasal sorumluluk tezini desteklemektedir.

**3c. Suç olarak düzenlenmemiş olması.** Ceza kanunlarında vatana ihanet düzenlenmemiştir<sup>23</sup>.

**3d. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi.** Anayasa'nın 38. maddesinde ve AİHS md. 7'de belirtilen suçta ve cezada kanunilik ilkesi<sup>24</sup> gereğince hiç kimse ceza kanunlarında düzenlenmemiş bir suçtan dolayı cezalandırılmaz<sup>25</sup>.

20. Bu madde hükmünde "suçlandırma" terimi, ceza hukuku anlamındaki "suç" niteliğinde kullanılmış olabileceği gibi sözlük anlamıyla da kullanılmış olabilir.

21. Bkz. İZGİ/GÖREN, s. 979.

22. "Devlet Başkanının görevi sırasında *Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde* vatan hainliği dışında her hangi bir sorumluluğu yoktur."

23. 19 Nisan 1920 tarihli ve 2 sayılı "mülga" Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nda vatana ihanet, bir suç olarak düzenlenmiştir. Doktrinde, 105. maddeye ilişkin yorumların genelde Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemlerde yapıldığı bir gerçektir. Ancak, Kanun'un mülga edilmesinin bu yönde bir etkisi olabileceği hiç tartışılmamış, mülga edildiği 1991'den önce varılmış sonuçlar gözden geçirilmemiştir. DÖNMEZER/ERMAN, vatana ihanetten sorumluluğun cezai olduğunu gerekçelendirmek üzere Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yazılmış bir esere atıf yapmaktadır, s. 260, dp. 7.

24. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi hakkında bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 17-33; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 92-102.

25. Anayasa koyucunun düzenlediği bir müessesenin uygulanamaz olduğundan daha çok, bunun Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine uygun olarak yorumlanması gerekir. ÖZEK, Meclis'in vatana ihanetle suçlandırırken, Cumhurbaşkanı'nın işlediği suçun niteliğini fiilî, zaman ve koşullara göre belirleceğini belirtmektedir, s. 84. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, vatana ihanetin ancak ceza kanunlarında düzenlenmiş suçlara dayanabileceğini, hangi suçların vatana ihanet teşkil edeceği hakkında

### 3e. Karşılaştırmalı hukuk<sup>26</sup>

*ea. Anayasal düzenlemeler.* Fransız hukukunda da, vatana ihanetten yargılanmayı sağlayan karar, Meclis tarafından alınmaktadır. Vatana ihaneti yargılamakla görevlendirilmiş olan Yüce Divan, siyasal kişilerden (parlamentarler ve senatörler) oluşmaktadır<sup>27</sup>. Ayrıca, Divan yargılanma sırasında ceza hukuku prensipleriyle bağlı değildir<sup>28</sup>.

#### *eb. Doktrin.*

- *Vatana ihanet kavramı:* Vatana ihanet kavramı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin mutlak niteliği karşısında ağırlıklı olarak bir siyasi suç olarak tanımlanmaktadır<sup>29</sup>.
- *Vatana ihanet ile ceza hukukunun ilişkisi :* (i) Cezacı görüş, kanunsuz suç olmaz ilkesinin vatana ihanet suçu için de geçerli olduğunu, ceza kanunlarında özel bir suç tipi olarak düzenlenmedikçe Cumhurbaşkanı'nın bu suçtan yargılanamayacağını belirtmektedir<sup>30</sup>. (ii) Anayasacı görüşe göre ise vatana ihanet siyasi bir suçtur ve siyasi bir müeyyide gerektirir<sup>31</sup>. (iii) İki görüşü birleştiren karma gö-

son nitelendirmeyi Anayasa Mahkemesi'nin yapacağını belirtmekte ve bunu suçta kanunilik ilkesiyle gerekçelendirmektedir, s. 311. Suçun niteliğinin ancak karar aşamasında belli olduğu, karardan önce kişinin suçlandığı suçun niteliğinin tamamen belirsiz olduğu bir durumda suçta kanunilik ilkesinden bahsedilmesi güçtür.

26. Anayasasında vatana ihanetten dolayı sorumluluğu düzenlemesine rağmen ceza hukukunda böyle bir suça yer vermeyen tek ülke Türkiye değildir. Anayasasında benzer bir şekilde vatana ihanet düzenlemesine yer veren ancak bunu bir suç tipi olarak düzenlememiş bulunan Fransız hukukunda durum Türk hukukuna benzerlik gösterdiğinden, karşılaştırmalı hukuk alanında Fransız hukukundan yararlanılacaktır.
27. *FERRETTİ*'de Fransız Hukukunda Meclis tarafından alınan bir karar ile suçlandırma yapılmasını, sorumluluğun siyasi niteliğini gösterir nitelikte bulmaktadır, s. 227. Mahkeme'nin siyasal niteliği o kadar ön plana çıkmıştır ki, Fransız Anayasası'nda yargılamakla görevli olan Yüce Divan'ın isminden, bir Anayasa değişikliği ile "Justice" (Adâlet) çıkartılmıştır. Fransız Hukukunda, vatana ihanetten dolayı yargılama prosedürü hakkında bkz. *GICQUEL*, s. 537; *VEDEL*, s. 540-551. *VEDEL* de eserinde Yüce Divan'ı "Politik Adâlet" başlığı altında incelemektedir, s. 540.
28. Bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 264; *DUVERGER*, s. 661. *DÖNMEZER*'in aktardığı yazarlara göre vatana ihanetin müeyyidesi de Divan tarafından serbestçe belirlenir. Bu, vatana ihaneti ceza hukuku sınırlarından tamamen çıkarmak için yeterlidir.
29. Bkz. *GICQUEL*, s. 536. *DUVERGER*, vatana ihaneti, Cumhurbaşkanlık görevinin anayasaya ve ülkenin yüksek çıkarlarına aykırı olarak kötüye kullanıldığı bir siyasi suç olarak tanımlamaktadır, s. 661.
30. Bkz. *DUGUIT*, s. 491 vd., 810.
31. Bkz. *HAURIOU*, s. 451-452, 533,536; *BARTHELEMY/DUEZ*, s. 620-621; *MOREAU*, s. 1569 (Akt. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 544-545).

rüşe göre, Cumhurbaşkanı yargılanırken, vatana ihanet kapsamında değerlendirilen fiillerinin ceza kanunlarındaki hangi suçları karşıladığı belirlenmelidir<sup>32</sup>.

- *Değerlendirme* : Fransız hukukunda yer alan görüşler göz önünde bulundurulduğunda,
- (i) Vatana ihanet kavramı, ceza hukuku anlamında cezalandırılacak bir suç değil, siyasi bir suçtur;
- (ii) “Cumhurbaşkanı kural olarak siyaseten sorumsuzdur; bunun tek istisnası ise vatana ihanettir”<sup>33</sup>.

#### 4. Sonuç.

**4a. Vatana ihanetten siyasi sorumluluk.** Yukarıda açıklanan gerekçelerle, vatana ihanetin bir siyasi suç olduğunun ve siyasi sorumluluk doğurduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>34</sup>; “*Türkiye Cumhurbaşkanı da, siyaseten sorumsuzdur; bunun tek istisnası ise vatana ihanettir*”.

32. Bkz. *EISMEIN*, s. 226 (Akt. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 546 ).

33. Bkz. *BURDEAU/HAMON/TROPER* s. 550; *FERRETTI*, s. 227,. En gerçekçi tanımı ise *BEAUD* sunmaktadır; “Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten sorumluluğu hem siyasi hem cezaidir”. Yani, vatana ihanetten dolayı siyasi sorumluluk doğar ancak Cumhurbaşkanı'nın fiileri ayrıca suç teşkil ediyorsa cezai sorumluluk da mevcuttur. “*Réponsabilité politico-pénale*” kavramı için Bkz. *BEAUD*.

Fransa'da Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu hakkındaki Anayasal düzenlemelere açıklık getirmek üzere kurulmuş Avril Komitesi, çalışmaları sonucunda yayınladığı sonuç raporunda vatana ihanet kavramını Fransız Hukuku ve Anayasalarında vatana ihanete yer veren ülkeler açısından cezai sorumluluk doğuran bir hâl olarak değerlendirmiştir. Bkz. *Comité du Avril*, s. 21. Ancak raporda sadece iki sayfa sonra vatana ihanetten dolayı doğan sorumluluğun öncelikli niteliğinin siyasi nitelikte bir sorumluluk olduğu kabul edilmiş ve bu sorumluluğun tek müeyyidesinin Cumhurbaşkanı'nın görevden alınması olabileceği belirtilmiştir. Bu yoruma göre, öncelikli sorumluluk görevden alınmayı doğuran politik sorumluluktur ancak ayrıca ceza kanunlarına göre suç teşkil eden fiiller nedeniyle de cezaya hükmedilebilir. Bkz. *Comité du Avril*, s. 23.

Dolayısı ile, Komite raporunun da “*réponsabilité politico-pénale*” görüşünü dolaylı olarak kabul ettiği sonucuna varılabilir. Fransa'da cezai sorumluluk hakkında yapılan reform çalışmalarını inceleyen İtalyan Hukukçu *Giupponi* ise Avril Komitesi'nin politik ve cezai sorumluluğun arasındaki ayrımları net bir şekilde çizemediği için eleştirmektedir. Bkz. *GIUPPONI*, Francia: Il progetto di riforma costituzionale dell'immunità presidenziale, s. 2.

34. Vatana ihanet teşkil eden fiiller cezai sorumluluk doğuracak nitelikteyse Yüce Divan'ın yargılamada cezai sorumluluğu gerçekleştirmesini sağlayacak bir düzenleme TBMM İçtüzüğü md. 114/son hükmü ile getirilmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanı'nı Yüce Divan'a sevk kararında isnat edilen suçların hangi ceza hükmüne dayandığının da belirtilmesi gerekmektedir. Böylece, siyasi sorumluluk yanında cezai sorumluluğun gerçekleştirilebilmesi sağlanır.

Kural olarak vatana ihanet ile suçlandırmayla Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğu doğar. Cumhurbaşkanı, vatana ihanet nedeniyle cezai bir müeyyide ile karşılaşamaz<sup>35</sup>, sadece siyasal sorumluluğu gereği görevden alınabilir<sup>36</sup>.

**4b. Vatana ihanetten cezai sorumluluk.** Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunu gerektirecek eylem ve işlemlerde bulunması hâlinde, bunlar cezasız kalmayacaktır. Zira, Yüce Divan'a sevk kararında Cumhurbaşkanı'nın fiillerinin hangi ceza kanunu hükümlerini ihlâl ettiğine de yer verilmektedir. Böylece, Cumhurbaşkanı'nın ceza kanunlarında belirtilen suçlar hakkında yine kanunlarda öngörülmüş cezalara mahkum edilmesi sağlanır.

## 2.3. CEZAI SORUMLULUK

### 2.3.1. Kavram

**1. Kavram.** Cezai sorumluluk, ceza kanunlarından doğan ve suç işlemesiyle ortaya çıkan sorumluluktur. Kişinin, fiilerinden dolayı ceza kanunlarına tâbi olması demektir.

**2. Cezai sorumluluğun genel, eşit ve mecburi niteliği.** Kural olarak, tüm gerçek kişilerin cezai sorumluluğu vardır. Kişilerin, eylem ve işlemleri nedeniyle ceza kanununda suç olarak tanımlanan hâllerden zorunlu olarak sorumlulukları doğar<sup>37</sup>. Dolayısıyla sorumlulukta eşitlik ilkesi geçerlidir. Hukuk devletinde, konumu ne olursa olsun kimse hukukun üzerinde değildir ve kişilerin suç işlediklerinde sorumlu olmama ayrıcalıkları olamaz<sup>38</sup>.

35. Aynı gönde bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 548.

36. Anayasa'da açıkça vatana ihanetin müeyyidesi belirtilmemişse de açıkça düzenlenmesi gerekmemektedir; (i) Siyasal sorumluluk, ceza hukukunun dışında olduğundan suçta ve cezada kanunilik ilkesi işlemez. (ii) Anayasa'da başbakan ve bakanlar hakkında da siyasal sorumluluğun tek müeyyidesi görevden alınmadır (iii) Karşılaştırmalı hukukta da, siyasal sorumluluğun tek müeyyidesinin görevden alınmak olduğu kabul edilmektedir

37. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 257.

38. Bkz. İZGİ/GÖREN, s. 990.

### 2.3.2. Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğunun Tespiti

**1. Kavram.** Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu, Cumhurbaşkanı'nın fiilerinden dolayı ceza kanunlarındaki suçlardan sorumlu olup olmadığını belirlemektedir<sup>39</sup>.

**2. Siyasi rejimle ilişkisi.** Monarşilerde, devlet başkanlarının mutlak cezai sorumsuzluğu kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Ülkeyi yönetme hakkını maddi (soy esası) ve manevi (din esası) değerlerden, çoğu zamanda her ikisinden birden alan monarkların normal bir vatandaş gibi mahkemelerde yargılanması düşünülemez. Ancak bu sorumsuzluk, monarkların keyfi uygulamalarına yol açmış ve ezilen halkın yürütme erkine olan güvenini zayıflatmıştı. Bu sürecin sonucunda, monarşilerin yerini alan cumhuriyetlerde, cezai sorumsuzluğu mutlak olmayan bir Cumhurbaşkanı tercih edilmiştir.

**3. Sorumlu olması gerektiği.** Egemenliğin halka ait oldukça, bazı mâkam sahiplerinin halkın üzerinde olduğu ve cezai sorumsuzluğu kabul edilemez.<sup>41</sup>.

**4. Tasnifi.** Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu, çeşitli başlıklar altında incelenmektedir;

(a) Görevinden önce işlediği suçlar;

(b) Görevi sırasında işlediği suçlar

ba) göreviyle ilgili işlediği suçlar ve bb) kişisel suçlar;

(c) görevinin sona ermesinden sonra işlediği suçlar.

39. Fransız Hukukçu *GICQUEL*, bu konuda görüşünü şu şekilde aktarmaktadır;

“*Chirac, kendisinin ifade ettiği üzere normal bir vatandaş olmadığını iddia edebilir, ancak kanunların üstünde olduğunu edemez.*”

Bkz. *GICQUEL*, s. 536.

40. İngiliz sistemine göre “Kral kötülük, hata yapmaz; ama Kralın bakanları yapabilir”. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 301. Örneğin İngiltere’de şaka yollu olarak ‘Kral bir bakanı öldürürse bundan başbakan sorumludur. Eğer Başbakanı öldürürse bundan kimse sorumlu değildir’ denilmektedir. Bkz. *ÖZBÜDÜN*, s. 317. 1876 Kanun-i Esasisi’nin 5. maddesinde Padişahın cezai sorumsuzluğu düzenlenmişti.

41. Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğunun asıl olduğu hakkında bkz. *İZGİ/GÖREN*, s. 994.



Kabul edilen sistemlere göre Cumhurbaşkanı;

(a) tüm suçlar için mutlak sorumsuz kâbul edilebilir;

(b) göreviyle ilgili olan suçlardan sorumsuz kâbul edilerek, kişisel suçlarından sorumlu kâbul edilebilir<sup>42</sup>.

### 2.3.3. Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğunun Gerçekleştirilmesi

**1. Kovuşturma sistemleri.** Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi, cezai sorumluluğun gerçekleştirilmesinde yeterli olmaz. Sorumluluğunun mevcut olduğu hâllerde, ne zaman kovuşturma yürütülebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda çeşitli sistemler mevcuttur;

(a) Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlıkları kapsamında olduğu veya benzer bir kovuşturulamama sebebine sahip olduğu gerekçesiyle hakkındaki kovuşturmalarının görev süresi sonuna kadar ertelenmesi veya

(b) Cumhurbaşkanı'na karşı görev süresi sırasında kovuşturma yürütülmesi<sup>43</sup>.

**2. Kovuşturma usûlleri.** Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğunun mevcut olduğu tespit edilip, hakkında kovuşturma yapılabileceği zamanın da tesbit edilmesi sonucunda ortaya son olarak kovuşturmanın nasıl yürütüleceği sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>44</sup>.

---

42. Anayasa'nın hangi sistemi kabul ettiği hakkında bkz. 2. bölüm

43. Anayasa'nın hangi sistemi kabul ettiği hakkında bkz. 3. bölüm

44. Bu konu, maddi hukuka ilişkin Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunu kapsayan bir çalışmanın kapsamı dışında kaldığından ayrıca açıklanmayacaktır. Ancak bu konuda da çeşitli sistemler mevcuttur; (i) Cumhurbaşkanı'nın genel mahkemelerde yargılanması, (ii) Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesi'nde yargılanması veya (iii) Cumhurbaşkanı'nın parlamento tarafından yargılanması.

## II. Bölüm

### CUMHURBAŞKANI'NIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

#### 1. 1982 ANAYASASI UYARINCA CUMHURBAŞKANI'NIN CEZAI SORUMLULUĞU

##### 1.1. CUMHURBAŞKANLIĞI GÖREVİNDEN ÖNCEKİ SUÇLAR HAKKINDA

**1. Anayasada düzenleme bulunmaması.** Cumhurbaşkanı'nın, daha önceki dönemde işlediği suçlar nedeniyle sorumluluğu düzenlenmemiştir.

**2. Cezai sorumluluğunun mevcudiyeti.** Açık bir hükmün yokluğunda, daha önce işlenen suçlardan sorumluluğunun kalkmasını gerektirecek hiçbir gerekçe yoktur. Herkes için genel ve eşit ceza sorumluluğu ilkesi uyarınca, bir kişinin Cumhurbaşkanlığı makamına seçilmesi daha önce işlediği suçlardan aklanmasını sağlamaz. Bu suçlar, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun mevcudiyetinin doktrinde ittifakla kabul edildiği suçlardır<sup>45</sup>.

**3. Hukuki sorun.** Cumhurbaşkanı'nın, seçiminden önce işlediği suçlar hakkındaki hukuki sorun, bu suçların ne zaman kovuşturulabileceğine ilişkindir<sup>46</sup>.

##### 1.2. GÖREVİ SIRASINDA İŞLEDİĞİ SUÇLARDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

###### 1.2.1. Göreviyle İlgili Suçlardan Sorumluluğu

**1. Vatana ihanetle suçlandırmanın ceza sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemesi.** Daha önce açıklandığı üzere, vatana ihanet, cezai sorumlulukla ilgili bir konu değildir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumluluğunun vatana ihanet ile bir ilişkisi yoktur<sup>47</sup>.

---

45. Cumhurbaşkanı'nın bu suçları henüz Cumhurbaşkanı seçilmeden işlemiş olduğu iddia edildiğinden, bu suçların Cumhurbaşkanlığı görevi gereği işlenmiş olup olmadığı yolunda bir tartışma da yersiz kalmaktadır.

46. Bkz. 3. Bölüm.

47. Bkz. 1. Bölüm.

**2. Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumluluğunun tesbiti.** Anayasa'da bu konuda bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle, bu suçlardan dolayı sorumluluk tartışmalıdır.

### 1.2.1.1. Cumhurbaşkanı'nın Sorumsuz Olduğu Görüşü

**1. Cumhurbaşkanı'nın sorumsuz olduğu görüşü.** Cumhurbaşkanı'nın, göreviyle ilgili suçlardan cezai sorumluluğu olmadığı görüşü çeşitli sebeplerle gerekçelendirilmektedir;

#### **1a. Vatana ihanete ilişkin düzenlemenin mefhumu muhalifi.**

Bu görüşe göre, vatana ihanet, görevle ilgili suçlardan cezai sorumluluk kapsamında değerlendirilmekte ve Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili sadece vatana ihanet suçundan sorumlu olacağı savunulmaktadır. Böylece, diğer suçlar maddenin mefhumu muhalifinden kapsam dışı bırakılmıştır ve Cumhurbaşkanı bu eylemlerden sorumsuzdur<sup>48</sup>. Ancak;

- Vatana ihanetle suçlandırma, cezai sorumluluğun gerçekleşmesine yönelik değildir. Siyasal sorumluluk mekanizması olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, vatana ihanet kavramı kullanılarak Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun sınırları çizilemez.
- Vatana ihanet bir suç tipi olarak düzenlense ve Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunu ilgilendiriyor kabul edilse dahi, Anayasa'da bir suç tipine ilişkin öngörülen “suçlandırma prosedüründen” dolayı diğer suç tiplerine ilişkin “sorumsuzluk” doğduğu sonucuna varılamaz. Usûle ilişkin getirilen bir hüküm nedeniyle, maddi hukuka ilişkin ve cezai sorumluluk konusunda sonuç doğmaz<sup>49</sup>.

**1b. Karşı imza kuralı.** Bu görüşe göre, görevle ilgili suçlardan dolayı sorumsuzluk karşı-imza kuralının sonucudur<sup>50</sup>. İşlemden doğan cezai sorumluluk, kararda imzası bulunan Başbakan ve ilgili bakanlara aittir.

48. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 257; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 538; KANADOĞLU; SOYSAL, 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, s. 331-334; YAYLA, s. 173.

49. Bu durumda da, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet ile suçlandırma prosedürünün açıkça öngörüldüğü ancak diğer eylemlerinden dolayı sorumluluğu ve suçlandırılmasına ilişkin Anayasa'da bir düzenleme yapılmadığından cihetle boşluğun doldurulması gerekirdi. Görüldüğü üzere bu hâlde de, görevle ilgili eylemlere ilişkin Anayasal boşluk hâlen mevcuttur.

50. Bkz. ARMAĞAN, s. 54-61; ÖZBUDUN, s. 317; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 311.

*Ancak;*

- Karşı imza kuralı, siyasal sorumluluğa ilişkindir. Bu nedenle, bu kural uyarınca cezai sorumluluk belirlenemez<sup>51</sup>.
- Anayasa'da cezai sorumluluğun şahsiliği ilkesi mutlak olarak benimsenmiştir.

*Bu nedenle,* işlemde cezai sorumluluk kimin şahsında doğmuşsa ancak o sorumlu olabilir. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu, işlemde imzası olan Başbakan ve ilgili bakanlara yansıtılamaz<sup>52</sup>.

**1c. Güvence niteliği.** Çeşitli görüşler ise, görevle ilgili suçlardan sorumsuzluğun Cumhurbaşkanı'na bir güvence olarak tanındığını savunmaktadır. Bu güvence,

- Öncelikle hükümetlerin yapacağı keyfi göz altı ve tutuklama gibi tedbirlere karşıdır.
- Ayrıca Cumhurbaşkanı'nın her sözünden ve eyleminden dolayı hakkında herkesin dava açabilmesini engellemek amacıyla kullanılır. Ancak bu güvenceler, ulaşılmak istenen amaçla kullanılan araç olan cezai sorumsuzluk tartıldığında "orantılı" değildir.

*Zira;*

- Cumhurbaşkanı hakkında keyfi olarak çeşitli kovuşturma tedbirlerine başvurulmasının engellenmesi için orantılı olan yol, Cumhurbaşkanı'na görevi süresince dokunulmazlık tanınması olur.
- Cumhurbaşkanı'na karşı, her tür söz ve eyleminden dolayı dava açılabilmesinin engellenmesi ise iyi işleyen bir hukuk sisteminin varlığı veya daha orantılı tedbirlerin getirilmesiyle sağlanabilir.

---

51. Bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 304.

52. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, Cumhurbaşkanı'nın kural olarak tek başına işlem yapmadığına ve Cumhurbaşkanı'nın işlemlerinde başbakan veya ilgili bakanın imzaları bulunması gerektiğinden, bunlardan doğan cezai sorumluluğun başbakan veya ilgili bakana ait olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 311. Öncelikle bu görüş, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler hakkında cezai sorumluluk konusunda konuyu çözememektedir. İkincisi, işlemde hiçbir kusuru bulunmayan başbakana, Cumhurbaşkanı'nın kusurla ve hatta bir kasıtlı bir suç işlemesi hâlinde cezai sorumluluk yüklenmektedir. Bu, cezai sorumluluğun şahsiliği prensibini ciddi şekilde zedeleyen ve monarşiler dışında kabul edilmesi mümkün olmayan bir çözümdür.

*Ancak* bunun yolunun cezai sorumsuzluk olmadığı kesindir<sup>53</sup>.

**1d. Yetkisizlik nedeniyle**. Bu görüşe göre de, Cumhurbaşkanlığı mâkamı, tamamen yetkisiz ve dolayısıyla sorumsuz bir mâkam olarak düzenlenmiştir. Siyaseten sorumsuzluk, bunun sadece bir yüzüdür; Cumhurbaşkanı'nın aynı zamanda cezaen de sorumsuz olması istenir.

*Oysa her iki âlan birbirinden oldukça farklıdır;*

- Siyaseten sorumluluk, kamu hukukunun yetki ile sorumluluğun paralel olması ilkesinden doğar<sup>54</sup>. Cumhurbaşkanı'nın sembolik yetkilerle donatılmış bir mâkamda bulunduğu kâbul edildiğinden siyaseten sorumsuz bir Cumhurbaşkanlığı mâkamı, hukuk devleti ilkesini zedeleyemez.
- Cezai sorumluluğun, yöneten olmakla veya yetki sahibi olmak ile hiçbir ilgisi yoktur. Cezai sorumluluk, ceza kanunlarına tâbi olmayı ifade eder ve siyasal sorumluluğun yetki ile paralel sorumluluk ilkesini ceza hukukunda genel, eşit ve mecburi sorumluluk ilkesi alır.

*Bu sebeple*, sadece mâkam nedeniyle getirilecek bir cezai sorumsuzluk, hukuk devleti ilkesini zedeler niteliktedir.

---

53. Soruşturma işlemlerinden sonra kovuşturmayaya yer olup olmadığı konusunda Savcıların alacağı kararlarda özenli olmaları ve ancak ciddi suç isnatları hakkında kovuşturmayaya yer olduğuna karar vermeleri bile bunu sağlayacak niteliktedir. Ayrıca, hukukumuzda kaldırılan belli davalarda kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için sorgu hakiminin dilekçesinin aranması usûlü de müesseseye uygun düşecek şekilde bu suçlar hakkında yeniden düzenlenebilir.

54. Bkz. *TANÖRYÜZBAŞIOĞLU*, s. 302.

55. Yorum faaliyeti, kanunların uygulanmasında tabii ve zorunlu bir fikri faaliyettir. Yorum faaliyeti sırasında öncelikle anayasa koyucunun iradesi metinden çıkartılır; düzenlemelerin lafzı yorumlanması sonra da amaçsal yorumuyla teyidi gerekir. Sistematiği yorumdan yararlanır. İradenin tesbiti için metin dışı araçlara da başvurulur. Bunlar hukukun, anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelere, tarihçe ve karşılaştırmalı hukuktur. Ceza hukukunda, kıyas yasağı ve genişletici yorum yapılmaması gerektiğine dikkat edilmelidir. Sorumluluk tespit edilirken, *DÖNMEZER/ERMAN*'ın ceza hukukunda yorum sistematigiinden yararlanmış, s. 171-192. *EREM/DANIŞMAN/ARTUK*'un sundukları ceza kanunlarının yorumu bilgilerinden faydalanılmıştır s. 103-117. Karşılaştırmalı hukukta ceza kanunlarının yorumlanması hakkında bkz. *MAZZA*, s. 243-250.

### 1.2.1.2. Sorumluluğun Belirlenmesi<sup>55</sup>

**1. Anayasa'nın lafzı yorumu.** Vatana ihanet ile Cumhurbaşkanı'nın suçlandırılacağı düzenlemesinde, suçlandırma terimi ceza hukuku anlamında değil, sözlük anlamı ile kullanılmıştır. Maddenin kenar başlığında "sorumluluk ve sorumsuzluk hâllerinin" ibaresinin doğrudan cezai sorumluluğa ilişkin olduğu sonucuna varılamaz, zira madde içeriğinde siyasal sorumluluğa ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu durumda, Anayasa'da, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan sorumsuz olması sonucunu doğuracak bir hüküm yoktur. Açık bir düzenlemenin yokluğunda Anayasa'nın genel, eşit ve cezai sorumluluk rejiminden ayrılmadığı ve Cumhurbaşkanı'nın bu suçlardan dolayı cezai sorumluluğunun mevcut olduğu sonucu doğmaktadır. Anayasa'nın 148. maddesinde ise Anayasa Mahkemesi'nin, Cumhurbaşkanı'nı göreviyle ilgili suçlardan dolayı, Yüce Divan sıfatıyla, yargılayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumlu olduğunu ortaya koymaktadır<sup>56</sup>.

### 2. Amaçsal yorum<sup>57</sup>

**2a. Açık düzenleme getirilmemesindeki amaç.** Anayasa koyucu, Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olmayacağı hâlleri açıkça 105. maddede düzenlemiştir. Ancak, cezai sorumluluğa ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir. Cumhurbaşkanı'nın siyaseten sorumlu olduğu ve olmadığı hâlleri açıkça düzenleyen Anayasa koyucunun, cezai sorumluluğa ilişkin genel kurallara istisna getirecek bir düzenlemeyi amaçlamış olsaydı, bunu 105. maddeye eklemiş olması beklenirdi.

56. Doktrin, bunu, Yüce Divan'ın vatana ihanetten yargılama yapması şeklinde yorumlamaktadır. Ancak vatana ihanet şeklinde bir suç tipi olmadığından, "göreviyle ilgili suçlardan dolayı" ibaresinin lafzı, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili işlediği ceza kanunlarındaki suçlarından yargılamayı ifade ettiği şeklinde anlaşılmalıdır.

57. Anayasa ve Kanun hükümleri yorumlanırken, kanun koyucunun bu hükmü koyarken güttüğü amacın, gerçek iradesinin araştırılmasını arayan üç tür yorum metodu vardır; sübjektif tarihî yorum metodu, objektif tarihî yorum metodu ve zamana göre objektif yorum metodu. Bu yorum metodları hakkında bilgi ve eleştirileri hakkında bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 48-50. Bu çalışma kapsamında zamana göre objektif yorum metodu benimsenmiştir. Buna göre, kanun bir defa meydana gelmekle artık geçmişinden tamamen kurtulmuş ve bağımsız bir varlık kazanmıştır. Yorum, kanun hükmünün uygulanacağı zamanın şartları içinde yapılmalı, kanun koyucunun (Anayasa koyucunun) kanunu (Anayasa'yı) koyarken güttüğü amacın değil, kanunun uygulanacağı sıradaki şartlar ve ihtiyaçlar karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği amacın araştırılması gerekir. Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 50.

**2b. Cezai sorumluluğu olan Cumhurbaşkanı amaçlanması .**

Anayasa koyucunun, cezai sorumluluğa istisna getirecek hiçbir düzenleme getirmemesi, Devletin başına geçecek kimsenin suç işlemesini engellemek için bir güvenlik normu niteliğinde kabul edilebilir. Cumhurbaşkanı seçilmenin, mâkam sahibine görevini yürütürken “suç işleme serbestlisi” sunacak bir fonksiyonu yoktur. Tam aksine, kurucu iktidar, Anayasa’yı hazırlarken; gelecekte Devlet’in başına geçeceklerin bu mâkamdayken suç işlemeyecek kişiler olmasını ister. Böylece, siyaseten sorumluluğu oldukça sınırlı olan Cumhurbaşkanının birde cezai sorumsuzluk kalkanı altında görevi süresince mâkamının saygınlığı ile bağdaşmayacak faaliyetlerde bulunmasının önüne geçilmiş olunur.

**2c. Anayasa koyucunun cezai sorumluluğu bulunmayan bir yönetenler sınıfı yaratmak istememiş olması .** Hukuk devleti olmanın gereği olarak, yasama ve yürütme erkini oluşturanların (Başbakan, Bakan ve milletvekillerinin), göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı cezai sorumluluğu mevcuttur;

- Başbakan ve Bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suçlardan dolayı öngörülen özel kovuşturma usûlü, onların cezai sorumluluğunu kaldırır değil teyit eder niteliktedir.
- Anayasa’nın 83/I. maddesinde milletvekillerine tanınan yasama sorumsuzluğu ise milletvekillerinin, çalışmalar sırasındaki oyları, sözleri ve düşünceleri ile ilgilidir. Milletvekillerinin yasama gücünü kullanırken rahat çalışmasını sağlayan istisnai bir hâldir. Cumhurbaşkanı’nın faaliyetleriyle, milletvekillerinin faaliyetleri arasında bir benzerlik bulunmadığı gibi, yasama sorumsuzluğu, milletvekillerine mutlak bir cezai sorumsuzluk tanıyan bir düzenleme de değildir<sup>58</sup>.

Dolayısıyla, hukuk devleti ilkesine uygun olarak cezai sorumluluğu mevcut olan bir yönetenler kadrosu oluşturmak isteyen Anayasa koyucu, Cumhurbaşkanı’nın göreviyle ilgili eylemlerinden dolayı da cezai sorumluluğunun mevcut olmasını tercih etmiştir. Sonuçta, lafzı yorum ile amaçsal yorum aynı sonuca varmaktadır.

58 Yasama sorumsuzluğunun kapsamının belirlenmesinde temel ölçütün yasama fonksiyonu kriteri olduğu ve sorumsuzluğun her alanda bir cezai sorumsuzluk sağlamadığına ilişkin bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 222.

### 3. Sistematik yorum

**3a. Anayasa'nın 105. maddesi.** Maddede Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Dolayısı ile sorumluluk madde başlığını taşıyan bir hükümde sadece siyasal sorumluluktan bahsedilmiş olması, Anayasa koyucunun cezai sorumluluğu Anayasa'da düzenlemeyerek genel kurallara tâbi bıraktığı sonucunu haklı çıkartabilir.

**3b. Kenar başlığı.** 105. maddenin başlığında, *öncelikle* "Sorumluluk", *daha sonra* "ve sorumsuzluk hâli" denilerek Cumhurbaşkanı'nın kural olarak sorumlu ancak istisna olarak sorumsuz olduğu ifade edilmiştir<sup>59</sup>.

### 4. Tarihi gelişim.

**4a. Türk tarihinde.** 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 5. maddesinde Padişah'ın cezai sorumsuzluğu kabul edilmişti. 1961 Anayasası'nın 98. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili işlemlerden dolayı sorumlu olmadığına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Ancak, 1982 Anayasasında bu yönde bir hüküm düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğuna ilişkin düzenlemeler, Türk hukukunda 1982 Anayasası ile terk edilmiştir. 1961 Anayasasında öngörülmuş sorumsuzluk rejiminden 1982'de vazgeçilmesi, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluk hakkında genel hükümlere tâbi olmasını sağlar niteliktedir.

**4b. Avrupa tarihinde.** Tarihte, egemenliğin kaynağı devlet başkanının kişiliğine özgülendiğinden modern devlette egemenlik halka aittir, bu devlet başkanları açısından önemli bir kırılma noktasıdır<sup>60</sup>. Bu nedenle, günümüz rejimlerinde devlet başkanının eskiden olduğu gibi cezai sorumsuzluğunun kabulü mümkün değildir. Böylece, egemenliğin el değiştirmesi sonucunda Cumhurbaşkanı'nın halktan daha imtiyazlı bir konumda bulunmadığı açıktır

59. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU'da maddenin kenar başlığından çıkartılan sonucun Cumhurbaşkanı'nın kural olarak sorumlu, istisna olarak sorumsuz olduğu yönünde olduğunu belirtmektedir. Ancak yazarlar, bunun özensizlik sonucu olduğunu belirterek bunun tersinin anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 303. Ancak, sistematik yoruma göre öncelikle sorumluluktan sonra sorumsuzluktan bahsedilmesinin sonucu açıktır. Buna uygun olarak, maddede sorumsuzluk hâlleri açıklanarak istisnalar düzenlenmiştir.

60. Bkz. STECKEL, s. 300.



**4c. Sonuç.** Tarihsel sürecin getirisi, açık düzenlemelerin yokluğunda Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumsuzluğunun yorum yolu ile getirilemeyeceğidir.

### 5. Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri.

**5a. Hukuk devleti ilkesi.** Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesince, yönetenlerde, yönetilenler gibi yargı denetimine tâbidir<sup>61</sup>. Belirli mâkam ve kişilerin cezai sorumluluğunun kaldırılması, hukuk devleti ilkesini zedeler niteliktedir<sup>62</sup>. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun belli alanlarda dahi olsa kaldırılması kabul edilemez.

### 5b. Eşit, genel ve mecburi ceza sorumluluğu ilkesi.

- Ceza sorumluluğunun genel ve eşit olması ilkesi de önemlidir. Ceza kanunlarının uygulanmasında kişiler eşittir ve bu konuda ayrıcalıklı sınıflar yaratılmaması gerekir<sup>63</sup>.
- Ceza sorumluluğunun mecburiliği ilkesi gereğince, açık bir düzenlemeyle sorumsuzluk getirilmediği takdirde, hiç kimsenin fiillerinden dolayı cezai sorumsuzluğu kabul edilemez.

61. Anayasal normlar hiyerarşisinde hukuk devleti ilkesi hem biçimsel hiyerarşi açısından hem de hukuk devleti ilkesinin niteliğinden maddesel hiyerarşi bakımından bir "üst normdur". Diğer anayasal normların üstünde kabul edilir. Dolayısıyla, Anayasa yorumlanırken mutlaka hukuk devleti ilkesine uygun yorumlanmalıdır. Anayasal normlar hiyerarşisi için bkz. *VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı*.

62. Bu konuda aklı, Türkiye'deki diplomatik temsilcilerin ve NATO Sözleşmesi uyarınca asker gönderen devletlerin askerlerinin durumu gelebilir. Öncelikle, her iki örnekte "yargılama birliğinin dış istisnalarını" teşkil eder. Oysa, Cumhurbaşkanı'na ilişkin getirilecek bir sorumsuzluk yargılama birliğinin istisnası değil, cezai sorumluluğun istisnasıdır. Yani, diplomatik temsilciler ve askerlerin cezai sorumluluğu mevcuttur. Dolayısı ile bu kimseler, Türkiye'de işledikleri suçlardan kendi ülkelerinde yargılanırlar. Bu nedenle, bu konu kişilerin cezai sorumluluğu olup olmadığına ilişkin hukuk devleti ilkesi yerine, yargılama birliğine ilişkin egemenlik ilkesini ilgilendirir.

63. Bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 14,15. Yazarlara göre bu ilke hukuk devleti fikri ve eşitlik prensibinin ceza hukukunda bir yansımasıdır. Böylece ceza hukukunda keyfi ve kişiye göre değişken uygulama, herkes için aynen ve kişiler arasında ayırım yapmaksızın yürütülen bir sistem şekline getirilmiştir. *DÖNMEZER/ERMAN*, bu ilkenin özellikle Anayasa'nın yorumlanması sırasında ne sebeple olursa olsun gözden uzak tutulamayacağına altını çizmektedir, s. 261. *GÖREN*, bu durumu kişilerin suç işlediklerinde sorumlu olmama ayrıcalıklarının olmadığı, bir hukuk devletinde konumu ne olursa olsun, kimsenin hukukun üzerinde olamayacağı şeklinde açıklamaktadır, s. 57.

## 6. Karşılaştırmalı hukuk<sup>64</sup>

**6a. Amerikan Hukuku.** Başkanın, “ihamet”, “zimmet” ve “diğer ağır suç ve kabahatlerden”<sup>65</sup> dolayı cezaî sorumluluğu olduğu düzenlenmiştir.

**6b. Almanya, Avusturya ve Macaristan Hukuku.** Alman Anayasası'nın 61. maddesinde, Devlet Başkanı'nın, Anayasa'yı veya diğeri bir federal yasayı ihlâlinden dolayı sorumlu olduğu öngörülmüştür. Yani, göreviyle ilgili işlemlerden dolayı tam bir cezaî sorumluluğu söz konusuysa,<sup>66</sup> taksirle işlediği suçlardan dolayı sorumluluğu yoktur<sup>67</sup>. Avusturya Anayasası'nın 142. maddesi gereğince ve Macaristan Anayasası'nda Devlet Başkanı'nın, göreviyle ilgili tüm suçlardan dolayı cezaî sorumluluğu mevcuttur.

**6b. Fransız Hukuku.** Cumhurbaşkanı'nın, görevi sırasında göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumluluğu hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>68</sup>. Ancak doktrin, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan cezaî sorumluluğu bulunmadığını kabul etmektedir<sup>69</sup>. Bu görüşün gerekçesi, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili olarak yalnızca vatana ihanetten sorumlu olduğu, vatana ihanet dışında göreviyle ilgili eylem ve işlemlerden sorumlu olmadığıdır<sup>70</sup>. Anayasa Konseyi'de 1999 tarihli kararında ve Temyiz Mahkemesi'nin 2001 tarihli kararlarında Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerden dolayı cezaî sorumluluğu olmadığına karar vermiştir<sup>71</sup>.

64. Karşılaştırmalı hukukta Cumhurbaşkanı'nın cezaî sorumluluğu hakkında karşılaştırmalı çalışmalar için bkz. *Les Documents de Travail du Sénat; Comité du Avril*. Bu bölümde açıklanan bilgilerin yer aldığı Anayasalar için bkz. *DUVERGER*, *Constitutions et documents politiques*; *CODICES*, <http://codices.coe.int>.

65. Ağır suç ve kabahatler hakkında bkz. *GÖZLER*, *Devlet Başkanları*, s. 26.

66. Bkz. *Les Documents de Travail du Sénat*.

67. Bkz. *Comité du Avril*, s. 21.

68. Fransız Hukukunda, Cumhurbaşkanı'nın cezaî sorumluluğu hakkında kaynak listesi için bkz. (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/98408dc.htm>).

69. Bkz. *CHAGNOLLAUD*, s. 13; *FERRETTI*, s. 228.

70. Bkz. *CHAGNOLLAUD*, s. 14; *DUGUIT*, s. 809; *FOYER*, n. 34; *PACTET*, s. 384. Ancak *DUGUIT*, vatana ihanetin ceza kanunlarında düzenlenmemiş olduğu sürece Cumhurbaşkanı'nın bu suçtan yargılanamayacağı görüşünü kabul eder, s. 810.

71. Bkz. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 (Anayasa Konseyi) ve Arrêt n° 481 du 10 octobre 2001 (Temyiz Mahkemesi). Kararlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. 3. Bölüm. *GICQUEL* ise Cumhurbaşkanı'nın hiçbir açık düzenlemenin yokluğunda bu şekilde sorumsuz kabul edilmesinin altında yatan nedeni, Cumhurbaşkanı'nın sadece kendisini seçen halka karşı sorumlu olmasının istemesine bağlamaktadır. Bkz. *GICQUEL*, s. 538.

**6c. İtalya Hukuku.** Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan vatana ihanet veya Anayasa'nın ihlâli dışında cezai sorumluluğu yoktur.

**6d. Portekiz Hukuku.** Anayasa md. 130'da Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili işlediği suçlardan dolayı, suçun niteliği hakkında bir ayırım yapılmaksızın sorumlu olduğu kabul edilmiştir<sup>72</sup>.

**6e. Yunanistan Hukuku.** Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili ancak vatana ihanet ve Anayasa'yı ihlâl suçlarından dolayı sorumlu olduğu Anayasa'nın 49. maddesi uyarınca kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

**6f. Diğer ülkeler.** Finlandiya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti Hukuklarında Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili olan suçlardan vatana ihanet ile sorumludur<sup>74</sup>. İsrail Hukukunda ise Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlemlerden mutlak olarak sorumsuzdur<sup>75</sup>.

**6g. Sonuç.** Görüldüğü üzere, karşılaştırmalı hukukta birbirinden farklı sistemler mevcuttur;

*ga. Mutlak sorumsuzluk.* Görevle ilgili suçlardan mutlak sorumsuzluk görüşü, istisnaen kabul edilen bir düzenlemedir.

*gb. Kısmi sorumsuzluk.* Birçok ülkede başkanlar, yalnızca en ağır suçlardan sorumlu tutulmuşlardır.

*gc. Tam sorumluluk.* Bazı ülkelerde ise devlet başkanlarının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı sorumluluğu tamdır.

72. Portekiz hukukundaki görevle ilgili suçlar ve kişisel suçlar arasındaki ayırım, sorumluluk esasına ilişkin değil kovuşturma usûlüne ilişkindir.

73. Ancak Yunanistan hukukunda, birçok ülkeden farklı olarak vatana ihanet ve Anayasa'yı ihlâl 265 sayılı Kanun ile bir suç tipi olarak özel düzenlenmiştir.

74. Finlandiya hukukunda özgün bir düzenlemeyle, Cumhurbaşkanı'nın aynı zamanda insanlığa karşı suçlardan da sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bulgaristan hukukunda ise, aynı zamanda Anayasa'yı ihlâl suçundan dolayı sorumluluğa yer verilmiştir. İrlanda Anayasası'nda 12. maddede Cumhurbaşkanı'nın yalnızca görevi kötüye kullanma hâlinde sorumlu olduğu belirtilmiştir ancak bu hâlin müeyyidesinin görevden alınma olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bu sorumluluğun cezai değil siyasi sorumluluk alanına ilişkin olduğu sonucuna varılabilir..

75. Bkz. GÖZLER, Devlet Başkanları, s. 90. Ayrıca, karşılaştırmalı hukukta Cumhurbaşkanı'nın suçlanma prosedürleri ve yargılanma usûlleri hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. GÖZLER, Devlet Başkanları, s. 94-99.

Buradan çıkartılacak sonuç, öncelikle cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlardan tam bir sorumluluğu olmasının istisnai bir tez olmadığıdır. Almanya, Avusturya, Macaristan ve Portekiz Hukukunda durum bu şekildedir. İkinci olarak, Cumhurbaşkanı'nı göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumsuz kılmak isteyen ülkelerin çoğunluğu, bunu açık bir düzenlemeyle çözmüştür. Dolayısıyla, karşılaştırmalı hukuktaki örnekler neticesinde, 1982 Anayasası kapsamında Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan dolayı cezai sorumluluğu olduğu sonucuna varılabilir.

### 1.2.1.3. Cumhurbaşkanı'nın Sorumlu Olduğu Görüşü

**1. Görevle ilgili fiillerinden cezai sorumluluğun mevcudiyeti.** Anayasa'daki düzenlemelerin lafzı ve amaçsal yorumları, tarihsel gelişimin incelenmesinden, hukuk devleti ilkesinden, ceza hukukunun genel, eşit ve mecburi sorumluluk ilkesinden ve nihayet karşılaştırmalı hukukta ulaşılan sonuçlardan yararlanmasıyla Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlarından sorumluluğunun mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.

**2. Sonuç.** Gerçekten, Cumhurbaşkanı seçilen bir kimseye Anayasa'nın, görevi sırasında, göreviyle ilgili olmak kaydı ile "suç işlemek hakkını" tanımak isteyeceğini düşünmek, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Hele hiçbir anayasal düzenlemenin mevcut olmadığı bu durumda bir kimsenin eylemlerinden cezai sorumluluğunun olmadığına yargı mâkamları ve doktrinin yorum yolu ile karar vermesi de mümkün değildir<sup>76</sup>. Bu nedenlerle, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan dolayı cezai sorumluluğunun mevcut olduğunun kabûlü gerekir.

### 1.2.2. Kişisel Suçlardan Dolayı Sorumluluk

**1. Türk hukuku.** Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgisi olmayan ("kişisel") suçlardan sorumluluğu hakkında Anayasa'da bir düzenleme yoktur.

76. *KELSEN*'in belirttiği üzere bilimsel yorumda, Anayasa ve kanunlar bilimsel açıdan yorumlanırken, Anayasa ve kanunları yürürlüğe koyanlar açısından dahi politik açıdan tercih edilmeyecek sonuçlara varılması hukuka aykırı bir durum değildir. Hatta bu şekilde yapılacak yorumlar, kanunların uygulanmasındaki soyutluğun ve belirsizliklerin önüne geçilerek yüksek derecede hukuki güvenlik sağlar niteliktedir. Bkz. *KELSEN*, s. 263. *GÖZLER*'de Anayasa hukukunun saf teorisini yorum metodolojisinde kabul ederek, yorumun anayasa koyucunun amaçlarından ve toplumsal grupların çıkarlarından etkilenmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *GÖZLER*, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, s. 162.

## 2. Karşılaştırmalı hukuk.

**2a. Monarklar bakkında.** Devlet Başkanının kişisel suçlardan dahi sorumsuz olduğu rejimler, yalnızca parlamenter monarşi sistemleridir<sup>77</sup>.

**2b. Cumburbaşkanları bakkında.** Fransız hukukunda, kişisel suçlardan dolayı sorumluluk hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>78</sup>. Ancak, doktrinde ağırlıklı olarak Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Anayasa Konseyi ve Temyiz Mahkemesi kararlarında Cumhurbaşkanı'nın görevi haricinde işlediği suçlardan cezai sorumluluğunun olduğunu ancak bir yargılama imtiyazından yararlandığına hükmetmiştir<sup>80</sup>. Almanya, Avusturya, İtalyan, Portekiz ve Yunanistan hukuklarında da Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumluluğu kabul edilmektedir<sup>81</sup>.

**3. Sonuç.** Anayasa'da sorumluluğu öngören bir hüküm olmaması, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumsuz olacağı anlamına gelemez. Anayasa koyucunun Cumhurbaşkanı seçilen kişiye "sorumsuzca kişisel suç işleme hakkı" tanıdığı sonucu, hukuk devleti ilkesi, ce-

- 
77. Bkz. *DUGUIT*, s. 806. Örnek olarak Belçika Anayasası md. 88 uyarınca Belçika Kralı, Danimarka Anayasası md. 13 uyarınca Danimarka Kralı, İspanya Anayasası md. 56/III uyarınca İspanya Kralı, Hollanda Anayasası md. 42/II uyarınca Hollanda Kralı, İsveç Anayasası'nın 7. maddesi uyarınca İsveç Kralı, *Common-Law* uyarınca da İngiliz Kralı mutlak olarak sorumsuzdur. Ancak, bu demokratik monarşilerden İspanya gibi UAD'nın Statüsünü onaylayan ülkelerdeki monarkların güncel cezai sorumluluğu hukuki açıdan incelemeye değerdir.
78. Fransız Hukukunda, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu hakkında kaynak listesi için bkz. (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/98408dc.htm>).
79. Cumhurbaşkanı'nın görevini icra etmediği hâllerde normal bir vatandaştan farkı olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. *CHAGNOLLAUD*, s. 13; *FERRETTI*, s. 228, *FOYER*, n. 34. Bu konu, Valéry Giscard d'Estaing'in Cumhurbaşkanlığı döneminde işlediği iddia edilen kişisel bir suç nedeniyle yargı makamlarının önüne gelmiş ama d'Estaing Cumhurbaşkanı sıfatıyla sorumsuzluğunu öne sürmediğinden kararda bu konu tartışılmamıştır. Bkz. *FERRETTI*, s. 228. Ancak bu durumda, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlardan dolayı sorumluluğunun mevcudiyetini göstermektedir. Bir görüşe göre ise, "Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili işlediği suçlar", "Cumhurbaşkanı'nın görev döneminde işlediği suçlar" şeklinde anlaşılmalı ve görev dönemi boyunca sorumsuz kabul edilmelidir. Bkz. *CARCASSONE*, s. 277.
80. Bkz. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 (Anayasa Konseyi'nin 22 Ocak 1999 tarihli ve 98-408 sayılı kararı) ve Arrêt n° 481 du 10 octobre 2001 (Temyiz Mahkemesi'nin 10 Ekim 2001 tarihli ve 481 sayılı kararı). Ayrıca bkz. 3. Bölüm.
81. Tüm bu hukuklarda, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumluluğu hakkında bkz. *Les Documents de Travail du Sénat*.

za kurallarının eşitliği ve cezai sorumluluğun zorunluluğu ilkesine aykırıdır. Zaten, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan dahi ceza sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılmasıyla, kişisel suçlarından evleviyetle sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir<sup>82</sup>.

### 1.3. CUMHURBAŞKANLIĞI GÖREVİNDEN SONRA İŞLEDİĞİ SUÇLAR

**1. Anayasa'da düzenleme olmaması.** Bu suçlar hakkında da Anayasa'da bir hüküm öngörülmemiştir.

**2. Cumhurbaşkanı'nın bu suçlardan dolayı sorumlu olduğunda tereddüt olmaması.** Cumhurbaşkanı'nın, görev dönemi bittikten sonra işlediği iddia edilen suçlardan dolayı şüphesiz cezai sorumluluğu vardır ve bu konu tartışmasız kabul edilmektedir<sup>83</sup>.

## 2. ULUSLARARASI HUKUK ALANINDA CEZAI SORUMLULUĞU

### 2.1. AİHS ÇERÇEVESİNDE

**1. Sorumlu olmaması.** AİHS kapsamında devletlere karşı AİHM'nde dava açılabilir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'nın devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler nedeniyle dahi kendisine dava açılarak sorumluluğuna gidilemez. Davanın muhatabı yalnızca Türkiye Cumhuriyeti Devleti olabilir.

82. Doktrinde, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu ittifakla kabul edilmektedir. Bkz. *CENTEL/ZAFER*, s. 67; *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 261; *İZGİ/GÖREN*, s. 990; *GÖREN*, s. 57; *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 536; *ÖZBUDUN*, s. 317; *YAŞAR/KİRİT. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU*, bu görüşe katılmayarak, Cumhurbaşkanı'nın ayrıca kişisel suçlardan sorumlu olduğunun gerçekten belirtilmesi gerekirken nezâketen belirtilmediği gerekçesiyle sorumlu olduğu görüşünü eleştirmektedir, s. 358. Oysa, tezlerini güçlendirmek için eleştirmeleri gereken görüş, Cumhurbaşkanı'nın açık bir düzenlemenin yokluğunda nasıl oluyor da genel, eşit ve mecburi ceza sorumluluğundan hem de kişisel suçları için sorumsuz kılınıyor görüşüdür. *GÖZLER* de haklı olarak Anayasalarda Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğunun özel olarak belirtilmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Bkz. *GÖZLER*, Devlet Başkanları s. 87. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, 1982 Anayasasının, Konsey üyelerine yargı bağımsızlığı tanıyan geçici 15. maddesinde dahi üyelere adı ve görev dışı suçlar nedeniyle bağımsızlık tanınmadığını belirtmektedir, s. 25.

83. Bkz. *GICQUEL*, s. 539. Bu sonuç o kadar doğaldır ki, doktrinde birçok eserde böyle bir tartışmaya yer dahi verilmemektedir. Zaten, aksi yönde bir görüş, devlet başkanlarının yetkilerini manevi değerlerle meşrulaştırdığı ve kutsal kabul edildiklerinden hayatları boyunca yargılanamayacaklarının kabul edildiği sistemlere ait olur. Bu sistemlerde de devlet başkanlığı kural olarak görev süresine bağlı değil yaşam süresine bağlıdır, bu nedenle görev süresinden sonra işlenen suçlar sorunu ortaya çıkmaz.

## 2.2. BM ÇERÇEVESİNDE

**1. Hukuken sorumlu olmaması.** BM düzleminde, devletler nazara alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Kural olarak, devlet başkanlarına ilişkin bir sorumluluk öngörülmemiştir.

**2. Fiilen sorumlu kılınabileceği.** Ancak, Güvenlik Konseyi kararları ile ülke başkanlarının cezai sorumluluğu doğmaktadır. Bu durumun hukuki geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte, Güvenlik Konseyi, devlet başkanları hakkında çeşitli tedbirler almaktadır<sup>84</sup>. Ayrıca, Güvenlik Konseyi kararları ile kurulan *ad-hoc* mahkemeler, devlet başkanlarını cezai sorumluluğu nedeniyle yargılayabilmektedir<sup>85</sup>. Sonuçta, teorik olarak Türkiye Cumhurbaşkanı da bu yönde tedbirlere maruz kalabilir ve yargılanabilir<sup>86</sup>.

## 2.3. ROMA STATÜSÜ ÇERÇEVESİNE

**1. Genel olarak.** Roma Statüsüyle, uluslararası toplumu yakından ilgilendirdiği belirtilen ağır suçları işleyenler hakkında yargı yetkisini kullanmak üzere daimî bir mahkeme sıfatıyla, UCD 1 Temmuz 2002'de kurulmuştur<sup>87</sup>. Divan, devletleri değil kişileri yargılar.

**2. Cezai sorumluluk.** Statü kapsamında tanımlanan belirli suçlar açısından sorumluluk doğar. 27. maddedeysen, dokunulmazlıkların ve yargılama imtiyazlarının, UCD karşısında öne sürülemeyeceği düzenlenmiştir. Böylece, yasama dokunulmazlığı mevcut olan veya ancak özel bir mahkemede yargılanabileceği düzenlenen bir Cumhurbaşkanı dahi UCD'nda yargılanabilir<sup>88</sup>.

84. Örnek olarak yurt dışındaki mal varlığına el konulması, seyahat yasağı vb.

85. Rwanda ve Yugoslavya için kurulan *ad-hoc* mahkemeler bunlara örnektir.

86. Ancak UCD'nin kurulması üzerine, bundan sonra Güvenlik Konseyi'nin tâbi hâkim ilkesine aykırı *ad-hoc* mahkemeler kurması yüksek bir ihtimal değildir. Bunun yerine, elindeki yetkiler uyarınca UCD Savcısı'na soruşturma emri vermesi yeterli olacaktır.

87. Divan'ın yetkisi, ulusal mahkemelerin yetkisini tamamlayıcı niteliktedir. Devletin soruşturma açmaya istekli olmadığı veya kovuşturmayı gerektiği gibi yürütme imkânı olmadığı hâllerde Divan'ın yargı yetkisi doğar.

88. Fransa'da bu konu, Roma Statüsü'nün onaylanması prosedüründe bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa Konseyi, Anayasa'nın UCD Statüsü'ne uygun olmadığına karar vermiştir. Anayasa Konseyi'nin 22 Ocak 1999 tarihli ve 98-408 sayılı bu kararı üzerine Anayasa'da ilgili değişiklik yapılarak Roma Statüsü onaylanmıştır.

**3. Türkiye'nin Statü'ye taraf olmaması.** Türkiye Statü'yü henüz onaylamamıştır<sup>89</sup>.

**4. Türkiye'nin Statü'ye taraf olması hâlinde Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu<sup>90</sup>.** Türkiye, Statü'ye taraf olursa birçok açıdan önemli hukuki ve politik sorun ortaya çıkacaktır.

**4a. Statü'nün iç hukuktaki yeri.** Statü, insan haklarını ilgilendirir nitelikte bir Anlaşma değildir, bu nedenle de Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmündedir. Yani, Statü onaylanırsa, Anayasa'nın altında kabul edilecektir.

**4b. Cezai sorumluluk ve dokunulmazlık bakımında.** Bu çalışma kapsamında, cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun tam olduğu ve herhangi bir dokunulmazlıktan yararlanmadığı sonucuna varılmıştır. Bu konuda, Roma Statüsüyle bir çelişki yoktur. Ancak, cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumsuz olduğu, kişisel suçlardan dolayı dokunulmazlıklardan yararlandığını kabul eden görüş kabul edilirse konu daha karmaşık hâle gelmektedir<sup>91</sup>.

**4c. Yargılanma usûlü bakımında.** Anayasa'da cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlardan dolayı yalnızca Yüce Divan'da yargılanabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, Türkiye, Cumhurbaşkanı'nı UCD'nda yargılanması için teslim etmeye zorlayamaz.

89. Türkiye, 2004 yılında yapılan Anayasal değişikliklerle mevzuatını bir ölçüde Statü'yle uygun hâle getirmiş ve 2005 yılında Statü'yü onaylayacağını ilân etmiştir. Ancak Türkiye, konjonktürel sebeplerle Roma Statüsü'nü bir süre daha onaylamayacak gibi gözükse de, Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde Statü'ye taraf olması kaçınılmazdır. Zira, AB'ye bu konuda verilen taahhütler ve AB yetkililerinin müzakere sürecinde Türkiye'ye Statü'yü onaylaması için yaptığı baskı göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye er ya da geç Statü'ye taraf olacaktır. Bu nedenle, bu durumun şimdiden incelenmesi yerindedir.

90. UCD ve Türkiye'nin Roma Statüsü'nü onaylaması hâlinde oluşacak hukuki durum ve sorunlar hakkında bir inceleme için bkz. *BAYILLOĞLU*.

91. Örnek olarak Cumhurbaşkanı bu görüşe göre göreviyle ilgili sadece vatana ihanetten cezai sorumluluğu olduğundan, göreviyle ilgili vatana ihanet dışında soykırım suçundan dolayı UCD, Cumhurbaşkanı'nı yargılamak için Türkiye'den talep ettiğinde, Türkiye iç hukuk kuralları nedeniyle Cumhurbaşkanı'nı teslim edemez. Aynı şekilde, kişisel suçları nedeniyle Türkiye'den görevi süresince talep edildiğinde dokunulmazlık kapsamında olduğu iddiasıyla teslim edilemez. Ancak bu durumlarda Türkiye'nin onayladığı bir anlaşmanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle uluslararası alanda sorumluluğu doğar. Konu bu noktada çalışmanın kapsamını aştığından ve hukuken sorun doğuran ihtimallerin bu çalışmada reddedilen doktrinel görüşlerin bir neticesi olduğu düşünülürse daha ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Bu konuda *BAYILLOĞLU*'nun eserinden yararlanılabilir.



**5. Sonuç.** Görüldüğü üzere, Türkiye'nin Statü'yü mevcut Anayasal düzenlemeler uyarınca onaylaması cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ve yargılanması hakkında teorik birçok hukuki sorunu beraberinde getirecektir. Bu nedenle, Türkiye, Statü'yü onaylamadan önce mutlaka cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu açık ve Statü'yle uyumlu bir şekilde düzenlemelidir.

### 3. SONUÇ

#### 3.1. CUMHURBAŞKANI'NIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

**1. Cumhurbaşkanlığı görevinden önce işlediği iddia edilen suçlar.** Cumhurbaşkanı seçilmek, kişinin daha önce işlediği suçlardan sorumluluğunun kalkması anlamına gelmez. Bu nedenle, Cumhurbaşkanı'nın bu suçlardan cezai sorumluluğu devam etmektedir.

**2. Cumhurbaşkanlığı görevi sırasında işlediği iddia edilen suçlar.** Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı görevini yürüttüğü dönemde işlediği iddia edilen suçlar hakkında ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir.

**2a. Göreviyle ilgisi olmayan suçlar.** Cumhurbaşkanı seçilmek, kişiye kişisel suç işleme imkânı tanıyan bir müessese değildir. Aksinin kabulü hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle, Cumhurbaşkanlığı'nın görevi sırasında göreviyle ilgisi olmayan suçlardan dolayı cezai sorumluluğu mevcuttur.

**2b. Göreviyle ilgili suçlar.** Göreviyle ilgisi olan suçlar hakkında da Anayasa'da düzenleme yapılmıştır. Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili olarak ancak vatana ihanetten dolayı cezai sorumluluğu olduğu yönündeki görüş, açıklanan sebeplerle, reddedilmelidir. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu konusunda Anayasa'da boşluk vardır. Bu boşluğun yorumlanması faaliyeti neticesinde, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan dolayı da cezai sorumluluğu olduğu sonucuna varılmaktadır.

**3. Cumhurbaşkanlığı görevi sonrasında işlediği suçlar.** Bu suçlar hakkında sorumluluk tartışmasıdır.

### 3.2. VARILAN SONUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

**1. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu hakkında.** Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanı seçilmek kişinin cezai sorumluluğuna hiçbir etki de bulunmaz, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu mevcuttur.

**2. Hukuki sorunun ortaya konulması.** Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu tesbit edildikten sonra, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun fiilen nasıl gerçekleştirileceği sorunu doğmaktadır. Bu sorun, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu konusundan ayrılamaz. Zira Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu olduğunun belirtilmesi, cezai sorumluluk rejimi için yeterli değildir. Önemli olan, mevcut olan sorumluluğun nasıl gerçekleştirilebileceğidir<sup>92</sup>.

---

92. Daha önce belirtildiği üzere çalışmanın konusu cezai sorumluluk olduğuna göre, çalışmanın salt cezai sorumluluğun tesbiti ile yetinmesi beklenebilirdi. Ancak Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğun gerçekleştirilmesi sorunu da özel bir hâl almaktadır. Cezai sorumluluğun varlığı hukuki bir sonuçtur, önemli olan fiilen de bu sorumluluğun mevcut olup olmadığının tesbitidir. Sorumluluk var olsa da, etkili bir şekilde sorumluluğun gerçekleştirilmesi usûlü öngörülmedikçe Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olduğuna ilişkin görüşler "havada kalır". Bu nedenle, bir sonraki bölümde Cumhurbaşkanı'nın fiilen cezai sorumluluğu" yani, mevcut olan cezai sorumluluğun nasıl gerçekleştirileceği sorunu incelenecektir. Bu iki konu ayrılamaz niteliktedir. Bkz. 3. Bölüm.

### III. Bölüm

## CUMHURBAŞKANI'NIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

### 1. HUKUKİ SORUN

#### 1.1. SİYASAL SORUMLULUĞUNUN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

**1. Genel olarak.** Cumhurbaşkanı'na karşı kovuşturma yürütülmesinin iki açıdan incelenebilir; Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğu ve cezai sorumluluğu açısından.

**2. Siyasal sorumluluğun gerçekleştirilmesi.** Anayasa'nın 105/III. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten aleyhinde kovuşturma yürütülebilmesine imkân veren açık bir düzenleme yapılmıştır. Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğuyla ilgili bu hüküm gereğince, sorumluluğunun gerçekleştirilmesi üzerine Cumhurbaşkanı'na karşı görev süresi sırasında kovuşturma yürütülebilir<sup>93</sup>.

#### 1.2. CEZAI SORUMLULUĞUN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

**1. Cezai sorumluluğunun mevcudiyeti.** Bir önceki bölümde belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanı'nın, her türlü eylem ve işleminden cezai sorumluluğu mevcuttur.

**2. Sorumluluğun gerçekleştirilmesi sorunu.** Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun mevcudiyeti, ortaya Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olduğu bu suçlardan dolayı ne zaman kovuşturulacağı sorununu ortaya çıkarır<sup>94</sup>.

---

93. Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğu ile ilgili bu hüküm gereğince, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetle suçlandırılması üzerine Cumhurbaşkanı'nın görev süresi bitmesi beklenmeksizin hakkında kovuşturma yapılabileceği açıktır. Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğu çalışma kapsamında olmamasına rağmen, daha önce açıklanan sebeplerle ayrıca incelenmişti. Ancak siyasal sorumluluğun gerçekleştirilme usûlü bu konuda bir önem arz etmediğinden ayrıca incelenmeyecektir. Siyasal sorumluluğun gerçekleştirilme usûlü için bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 311, 312. Ancak yazarlar bu usûlü cezai sorumluluk kapsamında incelemektedirler.

94. Cumhurbaşkanı hakkında kovuşturma yürütülmesinin usûlü hakkında bir hukuki sorun yoktur. Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 148/III. maddesi uyarınca göreviyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanır. Kişisel suçlarından dolayı ise genel kurallar uyarınca görevli mahkeme tesbit edilir.

## 2. GÖREVİ SIRASINDA CUMHURBAŞKANI'NIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

### 2.1. ANAYASAL BOŞLUK

**1. Anayasal düzenleme olmaması.** Anayasa'da, Cumhurbaşkanı'na karşı görevi sırasında kovuşturma yürütülmesini öngören tek hüküm siyasi sorumluluğunu doğuran vatana ihanete ilişkindir. Cezai sorumluluğu nedeniyle Cumhurbaşkanı'na karşı görevi sırasında kovuşturma yürütülüp yürütülemeyeceği hakkında anayasal boşluk mevcuttur. Bu durumda, Cumhurbaşkanı'nın görevinden önce işlediği iddia edilen suçlar ve görevi sırasında işlediği iddia edilen suçlar hakkında aleyhinde ne zaman kovuşturma yapılabileceği hakkında bir düzenleme mevcut değildir<sup>95</sup>.

### 2. Tartışmanın kapsamındaki suçlar.

**2a. Cumhurbaşkanı'ndan önce işlediği iddia edilen suçlar.** Cumhurbaşkanı'nın, görevinden önceki dönemde işlediği iddia edilen suçlar hakkında cezai sorumluluğunun gerçekleştirilmesi sorunu iki hâlde doğabilir. Öncelikle, hakkında daha önce başlatılmış bir kovuşturma olabilir. Aynı şekilde, kişi hakkında daha önce bir kovuşturma

---

Bu konuda tek istisna, Cumhurbaşkanı'nın bu suçları Başbakanlık veya bakanlık görevi yürütürken ve yürüttüğü görevi ile ilgili olarak işlemesi hâlinde mevcuttur. Bu durumda, Cumhurbaşkanı yine 148/III. madde nedeniyle Yüce Divan'da yargılanır. Türkiye'nin Roma Statüsü'nü onaylaması hâlinde, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü kapsamındaki suçlar nedeniyle ise UAD'nda yargılanır.

Çalışmanın kapsamı Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu ile ilişkin olduğundan, sadece usûl hukukuna ilişkin olan ve açık düzenlemeler nedeniyle hakkında bir tartışma bulunmayan kovuşturma usûlü hakkında bu açıklamalar ile yetinilecektir.

95. Doktrinde, Anayasal boşluğun yalnızca kişisel suçlardan sorumluluk hâline yönelik olduğu belirtilmektedir. Bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 536. Bu değerlendirme yanlış olmamakla birlikte eksiktir.

Doktrinde, kişisel suçlar terimi geniş anlamda kullanılarak Cumhurbaşkanı'nın görevi süresinde ve göreviyle ilgisi olmaksızın işlediği iddia edilen suçlar dışında kalan tüm suçlar yerine kullanılmaktadır. Ancak, bu terimdeki "kişisel suç" ibaresi, Cumhurbaşkanı'nın görevinden önce başbakanlık veya bakanlık görevini yürütüyor olması ve bu görevlerini yürütürken göreviyle ilgili işlediği suçların bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda tereddüt uyandırabilir. Kuşkusuz, bir suç başbakanlık göreviyle ilgili olsa da, Cumhurbaşkanlığı göreviyle ilgisiz kabul edileceğinden yine bu geniş anlamdaki "kişisel suçlar" terimi içinde değerlendirilecektir. Cumhurbaşkanı'nın görev döneminden sonraki suçlar için sorumluluğunun gerçekleştirilmesi ise bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmamaktadır zira Cumhurbaşkanlığı görevi sona eren Cumhurbaşkanı'nın hâlen dokunulmazlıktan faydalanacağı yönünde bir görüş bulunmamaktadır.

maya başlanmamış olmasına rağmen, görev döneminden önceki suç iddiaları nedeniyle Cumhurbaşkanlığı döneminde kovuşturmaya başlanmak istenebilir.

**2b. Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı görevi sırasında işlediği iddia edilen suçlar.** Bu konuda da sorun, cezai sorumluluğun, Cumhurbaşkanlığı görevi süresinde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğine ilişkindir.

**3. Hukuki sorun.** Her iki hâlde de, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu olan suçlarda, sorumluluğun fiilen gerçekleştirilmesi önemli bir sorundur. Böyle bir hukuki sorunun nedeni ise;

- (i) Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğunu doğuran hâl dışında aleyhinde ne zaman kovuşturma yürütülebileceğine ilişkin özel bir düzenleme olmaması, ve
- (ii) Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda açık bir düzenleme getirilmemiş olmasıdır.

**4. Çözüm önerileri.** Doktrinde, sorunun çözülmesi amacıyla çeşitli öneriler getirilmiştir<sup>96</sup>;

**4a. Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığından yararlanması<sup>97</sup>.** Bu konuda çeşitli gerekçeler öne sürülmüştür;

*aa. Mâkamı itibariyle.* En üst mâkamdaki Cumhurbaşkanı'nın görevi sırasında yargılanamayacağı belirtilmektedir. Bu görüşün söz konusu olan rejim Monarşiler olmadığı suretle bir kenara bırakılması gerekir. Cumhurbaşkanı'nın, en üst mâkamda bulunmasının, onun mâkam itibariyle dokunulmazlık kazanmasını sağlayan bir niteliği yoktur. Cumhurbaşkanı, cumhuriyet rejiminde devletin en üst mâkamında bulunurken hâlkın veya hukukun üstüne çıkmamaktadır.

96. Bkz. *KANADOĞLU*. Yazar, bu görüşleri yalnızca Cumhurbaşkanı'na karşı görevi sırasında işlediği kişisel suçlarından kovuşturma yürütülebilmesine ilişkin teoriler olarak yansıtırsa da, Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanmadığı yönündeki görüşler sadece bu suçlara ilişkin hukuki sorunun yanıtlanmasıyla sınırlı değildir, tartışmanın kapsamındaki tüm suçlar için geçerlidir.

97. Yasama dokunulmazlığı, sorumsuzluk gibi cezalandırılmamayı değil, yalnızca cezalandırmayı ertelemeyi ifade eder. Bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 226.

*ab. Milletvekillerinin yararlandığı gerekçesiyle.* Milletvekillerini dahi cezai kovuşturmalara karşı koruyan Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nı korumadığının düşünülmemeyeceği ifade edilmektedir. Bu ise ancak olması gereken hukuk anlamında bir eleştiri olarak kabul edilmelidir. Yoksa, hukuk normlarının doğru bir düzenleme getirmediği veya başka bir düzenlemenin daha iyi olacağı yönündeki bir yorum ile mevcut olan hukuk açısından sonuçlara varılamaz<sup>98</sup>.

**4b. Anayasa md. 105/III bükümünün kıyasen tüm kovuşturmalara uygulanması.** Bu görüşe göre, vatana ihanet gibi en ağır suç için bile kovuşturma yapılabilmesi TBMM'nin kararına bağlıysa, âdi suçlar için serbestçe kovuşturma yapılması düşünülemez<sup>99</sup>. Ancak;

*ba. İstisnai düzenleme.* Anayasa'nın özel bir sorumluluk türü için öngördüğü bir hükmün, genişletilerek başka tür sorumluluklara ilişkin uygulanması mümkün değildir. Anayasa'nın ilgili hükmü, özel bir düzenleme getirmektedir ve metnin açık lafzı ve gayesi kapsamında yalnızca ve istisnaen vatana ihanet ile ilgili bir usûl öngörmektedir.

*bb. Siyasal sorumluluk.* Ayrıca, vatana ihanet siyasal sorumluluk doğurduğu için, siyasal sorumluluğun gerçekleştirilmesinde hâlkın temsilcilerinin bulunduğu Meclis'in etkisi olması bir siyasal sorumluluk rejiminin gerektirdiği bir zorunluluktur.

Bu nedenlerle, Cumhurbaşkanı'na karşı her türlü cezai sorumluluk hâli için Meclis kararı alınması gerektiği kabûl edilemez. Böyle istisnai bir hüküm, kıyasen başka ilişkilere uygulanamaz<sup>100</sup>.

**4c. Cumhurbaşkanı'nın, Meclis dışından atanan bakanlara ilişkin dokunulmazlık bükümünden yararlanması**<sup>101</sup>. Bu hükmün de kı-

98. *KELSEN*'e göre pozitif hukukun parçası olan bir normu eleştirmek veya onu aklamak, hukukun genel teorisinin üzerine vazife değildir. Hukuk biliminin görevi sadece hukukun gerçeklikte neden ibaret olduğunu tasvir etmektir. Dolayısı ile hukuk bilimi, hukukun nasıl olması gerektiğini hiçbir şekilde söyleyemez. Bkz. *KELSEN*, s. 1. Aynı yönde bkz. *GÖZLER*, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, s. 17.

99. Bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 263; *GÖREN*, s. 58..

100. Aynı yönde bkz. *KANADOĞLU*. Kıyasen uygulama hakkında bilgiler için bkz. *OĞUZMAN/BARLAS*, s. 52, 82. Hele, eğer ki 1982 Anayasa koyucusunun dokunulmazlık tanımamak için bilinçli olarak Anayasa'da bu konuda bir boşluk oluşturduğu kabul edilirse, bu boşluğun kıyas ile doldurulması hiç mümkün olmaz. Bkz. *CENTEL/ZAFER*, s. 50.

101. Bu öneri hakkında bkz. *ÖZBUDUN*, s. 317; *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 312.

yasen uygulanması söz konusu değildir, zira bu hüküm istisnai bir hâli düzenlemek için getirilmiş özel hükümlerdir. İstisnai ve sadece belirli kişiler için öngörülen hükümler kıyasen başka kişiler için uygulanamaz<sup>102</sup>.

**4d. Anayasal düzenlemelerin yokluğunda Cumhurbaşkanı hakkında dokunulmazlık kapsamında olmayan bir vatandaş gibi kovuşturma yürütülmesi.** Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlıktan yararlandığı yönündeki görüşün gerekçeleri tartışmalıdır. Cumhurbaşkanı'nın md. 105/III prosedürü uyarınca kovuşturulması ise mümkün görünmemektedir. Bu durumda son kalan ihtimal Cumhurbaşkanı'nın hakkında serbestçe kovuşturma yürütülmesi ihtimalidir. Ancak bu konuda bir sonuca varılmadan önce, konu her yönüyle ele alınarak yorumlanmalıdır<sup>103</sup>.

## 2.2. CUMHURBAŞKANI VE YASAMA DOKUNULMAZLIĞI İLİŞKİSİ

### 2.2.1. Düzenlemelerin Lafzı Yorumu

**1. Yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümler.** Anayasa'nın 83/II. maddesinde yasama dokunulmazlığından yalnızca milletvekillerinin yararlanacağı düzenlenmiştir. Bunun yanında Anayasa'nın 112/IV. maddesinde, Meclis dışından atanan Bakanlara TBMM üyesi olmadıklarından dolayı özel bir dokunulmazlık getirmiştir. Anayasa'nın 101/IV. maddesinde ise Cumhurbaşkanı seçilen kişinin TBMM üyeliğinin sona ereceği açıkça düzenlenmiştir<sup>104</sup>.

102. Bu konuda yasama dokunulmazlığının kıyasen uygulanmamasına ilişkin antitezler geçerli değildir. Zira bu dokunulmazlık türü de, Cumhurbaşkanı gibi Meclis üyesi olmayan ve yürütme görevini yürüten kimselere tanınmıştır. Bu nedenle, yasama dokunulmazlığına ilişkin eleştirilerin bir çoğu bu konuda geçersiz kalmaktadır. Ancak, yine de bu görüş, istisnai ve sadece belirli kişiler için öngörülen hükümlerin kıyasen başka kişilere uygulanamayacağı nedeniyle kabul edilmemelidir.

103. Yasama dokunulmazlığının konusu, sağladığı güvenceler ve diğer esasları hakkında ayrıntılı bir inceleme, çalışma konusunun kapsamı dışında kaldığından ayrıca verilmeyecektir. Yasama dokunulmazlığının, konuya bağlantısı "Cumhurbaşkanı'na görev dönemi süresinde kovuşturma yürütülüp yürütülemeyeceği" noktasındadır. Ayrıca, özellikle Fransız doktrininde, biraz da Türk hukukunda mevcut olmayan "temoin-assisté" kavramının etkisiyle önemli yer tutan Cumhurbaşkanı'nın bir ceza davasında tanık olup olamayacağı konusunda, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğuyla ilgili olmadığından kapsam dışı bırakılmıştır. Yasama dokunulmazlığı hakkında bilgiler için bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 227-231.

104. Anayasa'nın yasama dokunulmazlığını, yalnızca milletvekilleri ve milletvekili olmayan bakanlarla sınırladığı hakkında bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 227.

**2. Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olduğunu belirten bir hüküm olmaması.** Anayasal hiçbir düzenlemeyle Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olduğu öngörülmemiştir. Anayasa, Cumhurbaşkanı'nın TBMM üyeliğinin sona erceğini açıkça düzenlerken, TBMM üyesi olmayanlara ilişkin öngördüğü dokunulmazlık hükmünde dahi Cumhurbaşkanı'na ilişkin bir düzenleme getirmemiştir.

**3. Sonuç.** Mevcut anayasal düzenlemelerin lafzı yorumlanmasında ortaya çıkan sonuç, açık bir şekilde Cumhurbaşkanı'nın milletvekillerine tanınan yasama dokunulmazlığı kapsamında olmadığını ortaya koymaktadır.

### 2.2.2. Düzenlemelerin Amaçsal Yorumu

#### 1. Yasama dokunulmazlığının amacı.

**1a. Amaç**<sup>105</sup>. Milletvekillerinin, Meclis çalışmalarına her zaman katılabilmeleri içindir. Bu şekilde milletvekillerinin keyfi, zamansız ve esassız ceza kovuşturmaları ile yasama çalışmalarına katılmasının engellenmesinin önüne geçilir<sup>106</sup>.

**1b. İstisnai düzenlemeyi bâklı kılan gerekçe.** Milletvekilleri, Meclis çalışmalarına vekili oldukları milletin iradesini yansıtmak amacıyla katılırlar, katılmadıkları takdirde, egemenliğin sahibi milletin iradesinin Meclis'e yansıtılmaması sorunu doğar<sup>107</sup>. Dolayısıyla, anayasa ve ceza hukukunun eşitlik ilkelerine istisna getiren bu düzenleme "egemenlik" gibi yüksek bir amaçla gerekçelendirilmektedir.

**1c. Sonuç.** Görüldüğü üzere, yasama dokunulmazlığı ile Cumhurbaşkanlığının hiçbir ilgisi yoktur.

---

105. Yasama dokunulmazlığı ile yasama sorumsuzluğu farklı kavramlardır. Cumhurbaşkanı'nın yasama sorumsuzluğu kapsamında olmadığı konusunda bir tereddüt yoktur. Cumhurbaşkanı'nın, parlamento üyelerinin yasama görevlerini yerine getirirken sarf ettikleri sözlerden, açıkladıkları düşüncelerden ve verdikleri oylardan dolayı herhangi bir hukukî veya cezaî takibata uğramamaları amacıyla öngörülmüş olan yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Yasama sorumsuzluğu hakkında bkz. GÖZLER, Yasama Dokunulmazlığı; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 319-323; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 222-226. Yasama dokunulmazlığı hakkında bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 264-283; GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 323-331; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 226-231.

106. Bkz. GÖZLER, Yasama Dokunulmazlığı.



- Yasama dokunulmazlığı, yasama erkine özgülenmiş ve egemenliğin sahibi millet iradesinin Meclis'te tam olarak yansıtılabilmesini sağlamak amacıyla öngörülmüştür.
- Cumhurbaşkanı'nın yürüttüğü görevin halkın iradesinin temsiliyle bir ilişkisi olmaması doğrultusunda kendisine tanınacak bir dokunulmazlık, egemenlik ile gerekçelendirilemez<sup>108</sup>.
- Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlıktan yararlanmasını sağlayan açık bir düzenlemenin yokluğunda, milletvekillerine ilişkin hüküm Cumhurbaşkanı'na uygulanamaz.

## 2. Cumhurbaşkanlığına ilişkin düzenleme olmamasının amacı.

Bu konuda iki farklı görüş öne sürülebilir;

**2a. Mâkama duyulan saygı görüşü.** Böyle bir görüş, Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Anayasa'da özel bir düzenlememe olmamasının açıklanması gerekir. Bu da, mevcut olan dokunulmazlık rejiminin Anayasa'da belirtilmesinin unutulduğu gibi bir gerekçeye dayandırılmaz. Cumhurbaşkanı sıfatı ile Devlet'in en yüksek mertebesinde bulunan kişiye, mâkam itibarıyla duyulan saygının bir gereği olduğu düşüncesidir. Buna göre, bir Devlet, Anayasasında Cumhurbaşkanı'nın suç işleme ihtimâli olduğunu ortaya koyacak şekilde bir dokunulmazlık hükmü getirmemeyi tercih edebilir. Böylece, mâkamin saygınlığı korunmak istenir<sup>109</sup>.

107. *TEZİÇE* göre, yasama dokunulmazlığının amacı parlamento üyelerini korumak olduğuna göre, kural olarak bundan yararlanacak olanlar da meclis üyeleridir. Hatta yasama dokunulmazlığı özellikle muhalefeti koruyan yollardan biridir. Bkz. *TEZİÇE*, s. 384-388. Aynı yönde bkz. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU*, s. 226. Dolayısıyla, bu kurumun Cumhurbaşkanlığı mâkâmı ile ilgili olmadığını açıkça ortadadır. *DÖNMEZER/ERMAN* da yasama dokunulmazlığının yalnızca Meclis üyelerinin yasama görevlerini gerçekleştirebilmesi amacını güden bir Anayasa müessesesi olduğunu belirtmektedir. Yazılar, bu yoruma sâdik kalarak eserlerinde Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olduğu veya yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği görüşlerini kabul etmemişlerdir, s. 264. *TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU* da yasama dokunulmazlığının milletvekillerinin Meclis toplantılarına katılmalarına engel olunmamasını ve böylece Meclis'te fiziki varlıklarını güvence altına almayı amaçladığını belirtmektedir, s. 226.

108. Bir sonraki Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi de bu durumu değiştirmeyecektir zira 1982 Anayasasındaki parlamenter rejim sistemi terk edilmediği sürece Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin halkın iradesiyle bir ilgisi olamaz.

109. Bkz. *ALDIKAÇTI*, s. 355; *İZGİ/GÖREN*, s. 991; *GÖREN*, s. 58.

**2b. Mâkâmın saygınlığının korunması görüşü**<sup>110</sup>. Bu görüşe göre, Cumhurbaşkanı seçilecek kişinin, daha önce cezai sorumluluğunu doğuracak eylemlerde bulunmamış olması ve görevi süresince bu tür eylemlerden uzak kalacak biri olması istenir. Cumhurbaşkanı'na dokunulmazlık tanınmaması da, Cumhurbaşkanı seçilecek kişinin bu özelliklere sahip olmasını sağlamak amacıyla tanınmamıştır. Bu görüşün dayandığı temel de, ilk görüşle aynı şekilde, mâkâmın saygınlığıdır.

**3. Uygun amacın tesbiti** Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanına Anayasa'da dokunulmazlık tanınmamış olmasının amacı hakkındaki iki zat görüşün de dayanak noktası, Devlet'in en yüksek mâkâmı olan Cumhurbaşkanlığı mâkâmının saygınlığının korunmasıdır. Ancak;

- Bir görüşe göre, fiilen mevcut olan dokunulmazlıktan Anayasa'da "bahsedilmeyerek" bu saygınlık gösterilirken,
- Diğer görüşe göre dokunulmazlık Anayasa'da bir "hak olarak tanınmayarak" bu saygınlık sağlanmaktadır.

Bu durumda, amaçsal yorum çerçevesinde hangi görüşün amaca ulaşmaya daha uygun olduğu değerlendirilmelidir<sup>111</sup>.

**3a. İlk görüş.** Cumhurbaşkanı seçilecek kişinin suç işleyecek bir kimse olmadığına duyulan güven ve mâkâmın saygınlığı nedeniyle dokunulmazlıktan bahsedilmediğini savunurken, Anayasa'nın 105/III. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın "vatana ihanet" etmesi ihtimâlinin dü-

110. *KANADOĞLU* ise "Hiçbir ülke, yargı önünde aklanmadan, mahkûmiyeti halinde milletvekili seçilme yeterliliğini ortadan kaldıran suçlarla itham edilenlerin Cumhurbaşkanlığı'na aday olacağını ve seçileceğini tahmin ve tasavvur etmediği için anayasalarına bu yolda bir düzenleme getirmemiştir." şeklinde bir yaklaşım getirmekte ve 1982 Anayasası uyarınca yasama dokunulmazlığı getirilmediğini savunmaktadır. Bkz. *KANADOĞLU*.

Ancak, Fransa ve Türkiye gibi Anayasacılıkta ayrıntılı düzenlemeleri tercih eden ve politik hayatının her döneminde yolsuzluk iddiaları ile çalkalanan ülkelerinin tarihi dikkate alındığında, bu ülkelerin hakkında suç isnatları olan bir kişinin Cumhurbaşkanlığı'na seçilebileceğini tahmin edememiş oldukları kuvvetli bir ihtimâl değildir. Tam aksine, bu ülkeler "bu suçlarla itham edilenlerin Cumhurbaşkanlığı'na aday olacağını ve seçileceğini *tahmin* ve *tasavvur* ettiği için anayasalarına bu yolda bir düzenleme getirmemiştir". Yani anayasal düzenleme yokluğu, Cumhurbaşkanlığı mâkâmının saygınlığı nedeniyle unutulmuş bir konu değil, mâkâmın saygınlığını korumak için bir güvenlik normudur.

111. Amaçsal yorumun ne şekilde anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Sunuş Bölümü. İtalyan Hukukunda da, amaçsal yorum yapılırken aynı ilkelerin geçerli olduğu hakkında bkz. *SIRACUSA-NO/GALATI/TRANCHINA/ZAPPALÀ*, s. 23,24.

zenlendiğini görmezden gelir. Bu çerçevede, Anayasa normları ile Cumhurbaşkanlığına duyulan saygı ve güven ilişkisini ortaya koymak mümkün olmamaktadır.

3b. **İkinci görüş.** Cumhurbaşkanlığı mâkamına hâk ettiği saygıyı sunmaktadır<sup>112</sup>. Bu güvenlik mekanizmasıyla, daha önce çeşitli suçlar işlemiş ancak bu suçlar yasal engeller nedeniyle henüz kovuşturulamamış bir kişinin Cumhurbaşkanı olması fiilen engellenmekte, ayrıca Cumhurbaşkanlığının bir aklanma mâkamu olarak görülmesi engellenmektedir<sup>113</sup>. Cumhurbaşkanı, hakkında kovuşturma yürütülemeyeceğinin verdiği vurdumduymazlık içinde olmayacak, eylemlerinin “*derhal*” yaratacağı sorumluluklarının bilincinde olacaktır. Böylece Devlet’in başı sıfatı ile Cumhurbaşkanlığı mâkamına yakışır saygınlıkta hareket etmesi temin edilmektedir.

**4. Sonuç.** Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı mâkamına ilişkin bir dokunulmazlık hükmü olmamasının amacının, mevcut hükümlerin lafzı yorumları ile aynı doğrultuda sonuç verdiği ve 1982 Anayasası’nın Cumhurbaşkanı’na bir dokunulmazlık tanımadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak, bu yorum ile yetinilmemeli, diğer yorum yöntemleri ve araçlarına da başvurulmalıdır.

#### 2.2.4. Cumhurbaşkanı’nın Dokunulmazlığının Tarihi Gelişimi

##### 1. Cumhurbaşkanı’nın yasama dokunulmazlığı kapsamında değerlendirildiği dönem

**1a. 1876 taribli Kanun-u Esasi.** 5. madde, Padişah’ın cezai sorumluluğu olmadığını belirttiğinden, ayrıca dokunulmazlık düzenlemesine ihtiyaç duyulmamıştır.

**1b. 1924 Anayasası.** Cumhurbaşkanı’nın kişisel suçlarından dolayı yasama dokunulmazlığı kapsamında olduğu düzenlenmiştir.

112. Örneğin, yasama dokunulmazlığı kapsamında hakkındaki suçların kovuşturulması ertelenmiş bir milletvekili, bu suç isnatları ciddi ise Cumhurbaşkanlığı mâkamına aday olmakta tereddüt edecek, çoğu defa da yasama dokunulmazlığı kapsamında kalmak için Cumhurbaşkanı olmayacaktır. Böylece, geçmişinde suçlar işlemiş birinin Cumhurbaşkanı olması hukuki araçlarla engellenmektedir.

113. Aynı yönde bkz. *KİRİT/YAŞAR*. Yazarlar, Anayasa koyucunun görüşünü “Cumhurbaşkanlığı mâkamına seçilecek kişinin temiz bir sicile sâhip olan ve sâhip kalacağı umulan bir kişi olması istenmesi” şeklinde ifade etmektedir.

## 2. Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlığının kaldırılması.

**2a. 1961 Anayasası ile kaldırılması.** 1961 Anayasasında, Cumhurbaşkanı'nı yasama dokunulmazlığından yararlandıran bir hüküm bulunmamaktadır. 1961 Anayasası bir bütün olarak değerlendirildiğinde, yürütmenin eylemlerinden rahatsız olan askeri gücün müdahalesi sonucunda hazırlanmış olması, hazırlandığı sırada önceki dönem Cumhurbaşkanı'nın yargılanarak çok ağır cezalara mahkum edilmiş olması, Anayasa'nın genel olarak yürütme erkine karşı olan duruşu ve hukuk devleti ilkesinin Anayasa'da açık bir hüküm olarak belirtilmesi nedenleriyle yürütme erkinin sınırlandırılmasını öngören bir felsefesi mevcuttur<sup>114</sup>.

**2b. 1961 Anayasa koyucusunun amacı.** Milletvekillerinin dokunulmazlıklarına dokunmaksızın Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlığının kaldırılması, Anayasa koyucusunun Cumhurbaşkanlığı makamına duyduğu saygıya bağlanamaz. Bu, dokunulmazlığı yürütmenin başına vermek yönünde tercih yaptığı şeklinde değerlendirilebilir<sup>115</sup>.

**2c. 1982 Anayasa koyucusunun amacı.** Mevcut düzenlemenin korunması, 1961'deki tercihinin onaylanmasından ibarettir<sup>116</sup>.

**3. Sonuç** Türk Anayasa Hukukundaki gelişim incelendiğinde kademe olarak devletin başının sorumluluk rejiminin güçlendirildiği görülmektedir. Osmanlı döneminde hiçbir sorumluluğu olmayan bir Padişah'tan, Cumhuriyet rejiminde öncelikle kişisel suçlarından sorumlu olduğu ancak görev süresi boyunca dokunulmazlıktan yararlandığı öngö-

---

114. *SOYSAL*, daha önceleri padişahın gücünü kısıtlamak, daha sonra padişahın yıkılması ve meclis egemenliğine dayanan bir sistem kurulmasının ardından 1961 Anayasası ile iktidarı sınırlama çabalarının en yüksek noktaya vararak sonuçlandığını belirtmektedir. Bkz. *SOYSAL*, *Dinamik Anayasa Anlayışı*, s. 13.

115. *ALDIKAÇTI* ise 1961 Anayasası'nda bu konuda bir boşluk yaratıldığını, vatan hainliği gibi en ağır suç için bile takibat yapılabilmesini TBMM'nin kararına bağlayan Anayasa'nın diğer suçlar için de TBMM'nin kararının alınmasını isteyeceğinin demokratik prensiplere daha uygun olduğunu belirtmektedir. Bkz. *ALDIKAÇTI*, s. 335. Eğer, bu çalışmada vatana ihaneti cezai sorumluluğa ilişkin bir hüküm olarak kabul edilseydi, daha önce belirtildiği üzere yapılacak yorum faaliyetinin sonuçları tamamen değişecek ve Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlardan yine de sorumlu olması kabul edilirken Cumhurbaşkanı'na karşı kovuşturma yürütülebilmesine ilişkin kurallar açısından *ALDIKAÇTI*'nin önerdiği yol tercih edilecekti.

116. 105. maddenin gerekçesinde de, vatana ihanet konusunda eski Anayasa metninden farklı bir düzenlemenin benimsenmediği açıkça ifade edilmiştir. Bkz. *İZGİ/GÖREN*, s. 979.

rülen bir Cumhurbaşkanına, ardından ise hakkındaki dokunulmazlık hükmünün kaldırıldığı bir Cumhurbaşkanı modeline geçilmiştir. Dolayısıyla, tarihi gelişim de Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığından faydalanamayacağını göstermektedir.

### 2.2.5. Anayasa ve Ceza Hukukunun İlkeleri

**1. Anayasa ve ceza hukukunda eşitlik ilkesi.** TCK md. 3/II'de, ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan “adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” yer almaktadır. Buna göre, “*Ceza Kanununun*<sup>117</sup> *uygulanmasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yabut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz*”.

Ayrıca, Anayasa'nın 10. maddesindeki “Kanun Önünde Eşitlik” hükmü de aynı sonucu sağlamaktadır. Dolayısı ile, bir kişiye karşı sorumlu olduğu suçlardan dolayı kovuşturma yürütülmesi konusunda eşitlik ilkesi mevcuttur<sup>118</sup>. Hiçbir özel düzenlemenin mevcut olmadığı bir durumda, eşitlik ilkesinden vazgeçilmesi için bir sebepte doğmaz. Bu durumda, Cumhurbaşkanı'nın, herkes gibi ceza kovuşturmasına tâbi olması gerekir.

**2. Kıyas problemi**<sup>119</sup>. Öncelikle, bu ilke, kanunda olmayan suç ve cezaların kıyas yolu ile yaratılarak kişi özgürlüklerinin tehdit altına alınması ve hukuki güvenlik ilkesinin zedelenmesini engellemek amacıyla

117. Öncelikle, bu hükümdeki “Ceza Kanunu” ibaresini tüm ceza kanunlarını kapsayacak şekilde geniş anlamda algılamak gerekir. Ayrıca, her tür ceza normunu içeren kanunları kapsadığı gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulamasının sırasında yapısına uygun düştüğü ölçüde bu Kanun'a da dolaylı etkisi olduğu kâbul edilebilir. Bu etki zaten Anayasa'nın 10. maddesi ile de sağlamlaştırmıştır.

118. Ancak, Anayasa'daki eşitlik ilkesi mutlak bir eşitliği değil, aynı durumda olan kişiler açısından eşitliği ifade eder. Bu nedenle çeşitli konular ve özel bâzi hâller, anayasa veya özel kanunlar ile düzenlenmiş ve kovuşturma usûlleri hakkında ayrı düzenlemeler yapılmıştır. *DÖNMEZER/ERMAN*'da ceza hukukunun faydacı karakteri ile eşitlikçi özelliğinin bağdaştırılması gerektiğini, bunun sonucunda da ceza hukukunun eşitlikçi oluşunun, eşit durumda olanlara karşı eşit işlem ve eşit uygulama şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 15.

119. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasağının söz konusu olmadığı konusunda. Bkz. *CENTEL/ZAFER*, s. 50; *KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU*, s. 571.

gelişmiştir. Ceza hukukundaki kıyas yasağının, ceza muhakemesi hukukuna kural olarak bir etkisi yoktur<sup>120</sup>. Ancak, ceza hukukunda kıyas yasağı getirilmesinin anlamı, ceza muhakemesine<sup>121</sup> ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmaları sırasında “âdi bir emare” olarak da olsa incelenmelidir. Kıyas yasağı, ceza hükümlerinin önceden öngörülebilirliğinin sağlanması için hukuk güvenliğini sağlayan bir ilkedir<sup>122</sup>. Öngörülebilirlik sayesinde, cezai sorumluluk önceden belirlenebilir hâle getirilmektedir. Ancak cezai sorumluluğun sadece belirlenmesi yeterli değildir; sorumluluğun cezaların uygulanması yoluyla gerçekleştirilmesi gerekir. Cezaların uygulanabilmesi içinse, muhakemesiz ceza olmaz ilkesi uyarınca bir muhakemeye ihtiyaç duyulur. İşte bu noktada, kişiler hakkında tatbikat yürütülüp yürütülemeyeceği, yürütülecekse ne zaman yürütülebileceği gibi hususların da önceden belirlenmiş olması gerekir<sup>123</sup>.

Bu suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca korunan birey menfaati karşısında, suçlar sonucu menfaati etkilenen ve yürütülecek muhakeme sonucunda tatbik edilecek cezalarla tatmin edilecek kamu menfaatinin dengelenmesi söz konusudur. Bu yüzden, ceza muhakemesinde ve özel olarak kovuşturma ertelemeleri ve yasakları konusunda, bir kıyas yasağından bahsetmenin imkânı yoksa da, bu alanlarda yapılacak kıyas uygulamalarında titiz davranılması gerekir<sup>124</sup>.

- 
120. Hatta İtalyan Hukukunda, kıyasın ceza muhakemesi hukukunda geçerli olduğu açıkça belirtilmektedir. Bkz. *SIRACUSANO/GALATI/TRANCHINA/ZAPPALÀ*, s. 24. Bu görüşün, Türk hukuku içinde geçerli olmaması için hiçbir sebep yoktur.
121. Bu çalışma kapsamında, dokunulmazlık kavramı, bir anayasa hukuku kavramı olarak kabul edilmekle birlikte kovuşturma ve yargılama işlemlerine olan etkisi nedeniyle ceza muhakemesi hukuku alanından soyutlanmamıştır.
122. *DÖNMEZER/ERMAN* cezada kanunilik ilkesinin, ceza muhakemesi hukuku alanında da geçerli olduğunu zira bu hukuk dalının taşıdığı hükümlerinde kesin, açık ve belirli olması gerektiği savunmaktadır. Bkz. *DÖNMEZER/ERMAN*, s. 17. Aynı doğrultuda, kıyas yasağı da cezai hükümlerin kesin, açık ve belirliliğine hizmet ettiği düşünülürse bu prensipten yararlanılabilir.
123. Özellikle, ceza sorumluluğunun uygulanmasını geciktirecek ve geçen zaman nedeniyle etkisiz kılacak kovuşturma yasaklarının açık bir şekilde belirlenmiş olması beklenir. Bu konuda milletvekilleri dokunulmazlıkları örnek bir düzenlemedir. Kovuşturmaların, yasama dönemi sonuna kadar ertelendiği belirtilmiş, hem de zamanaşımı sürelerinin kesilmesi kabul edilmiştir. Ancak, milletvekilleri hakkında böyle bir düzenleme getirilmemiş olsaydı, dokunulmazlık milletvekilleri için ne kadar gerekli bir müessese kabul edilirse edilsin kovuşturmalar ertelenemezdi.
124. Kaldı ki, ceza muhakemesi hukukunda mutlak bir kıyas serbestisinden de bahsedilemez. Öncelikle yasadaki boşlukların benzer kurullarla doldurulması gerekir ki, Cumhurbaşkanı ile milletvekilleri arasında benzerlik kesinlikle yoktur. Bu nedenle, yasama dokunulmazlığının yürütmenin başına

### 3. Sorumluluk ilkesi.

**3a. Sorumluluğun esas olması.** Demokrasiyi ve hukuk devleti ilkelerini benimsemiş modern Devlet, ceza sorumluluğunu herkes için eşit ve mecburi öngörür. Böylece, herkesin işlediği suçlar hakkında etkin bir tatbikata tâbi olur ve gerekiyorsa yargı kararları ile cezalandırılır.

**3b. Kovuşturmanın esas olması.** Dolayısı ile günümüzde sorumluluğunun esas olması, beraberinde sorumluluk nedeniyle “kovuşturmanın kural, kovuşturulamamanın ise istisna olmasını” getirmektedir. İstisnaların ise yorum yolu ile ortaya çıkartılması mümkün değildir, bunların özel düzenlemelerle öngörülmüş olması gerekir.

### 4. Hukuk devleti ilkesi

**4a. Yargı denetimine tâbi olmak.** Hukuk devlet ilkesi yönetenlerin ve yönetenlerin yaptıkları işlemlerin yargı denetimine tâbi olmasını sağlar. Cumhurbaşkanı'nın işlediği suçlar neticesinde yargı denetimine tâbi olması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Anayasa'da yargı denetiminin yürütülmesi zamanına ilişkin özel bir hüküm getirilmediği takdirde, hukuk devleti ilkesi gereğince, Cumhurbaşkanı da herhangi bir vatandaş gibi derhâl bir kovuşturmaya tâbi olabilmelidir<sup>125</sup>.

**4b. Yargı denetiminin etkinliği.** Zira sadece hukuki açıdan sorumluluk rejiminin düzenlenmesi yeterli değildir, bu rejim fiilen etkin bir şekilde gerçekleştirilebilir nitelikte olmalıdır. Sorumluluğun gerçekleştiril-

---

tanınması uygun düşmez. Ayrıca ceza muhakemesinde, sınırlayıcı hükümlerin söz konusu olması veya istisnai hükümlerin söz konusu olması hâllerinde de kıyas yasaktır. Bkz. *CENTEL/ZAFER*, s. 51; *KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU*, s. 572. *CENTEL/ZAFER*, Hak arama özgürlüğü sınırlayıcı bir hukuk kuralının, hukuk boşluklarını doldurmak üzere açıkça izin verilmeyen durumlarda uygulanmasını yerinde değildir. Dokunulmazlığın, kişilerin hak arama hürriyetini sınırlandırdığı kuşkusuzdur. Yazarlar aynı zamanda sadece bazı kişiler veya durumlar göz önünde tutularak düzenlenen kuralların da kıyasen başka kişi ve durumlar için uygulanamayacağını öngörmektedir. Dokunulmazlıkların yalnızca milletvekilleri ve Meclis dışından atanan bakanlar için özel olarak istisnai nitelikte öngörüldüğü ortadadır.

125. Kuşkusuz, tüm yönetenlerin cezai sorumluluğa sahip olduğunun kabul edilmesi bir Devlet'te hukuk devleti ilkesinin yerleşmiş olduğunu göstermez. Bunun yanında, bu sorumluluğun nasıl gerçekleştirildiği, menfaati etkilenenlerin Cumhurbaşkanı'nın işlediği suçlardan dolayı yargıya ulaşip ulaşamadıkları, etkin ve âdil bir yargılamanın yürütülüp yürütülmediği gibi unsurlar olmaksızın sadece sorumluluğun tespitine dayalı bir hukuk devletinden bahsedilemez.

mesini engelleyecek ve geciktirecek düzenlemeler ise açıkça öngörülmesi ve meşru amaçlarla gerekçelendirilmelidir<sup>126</sup>. Hukuk devletlerinde, kişilerin mahkemeler önünde hak arama hürriyeti engellenemez veya etkisiz hâle getirilemez.

**5. Yargılama usûllerinin kanuniliği ilkesi.** Yargılama usûllerinin kanuniliği ilkesi Anayasalarca düzenlenmiş hukukun genel ilkelerinden biridir<sup>127</sup>. Kovuşturmayı engelleyen, geciktiren sebeplerin yargılama usûlünü de ilgilendiren bir yanı vardır. Dolayısı ile, yargılama usûlüne veya zamanına getirilecek istisnaların da açıkça düzenlenmiş olması gerekeceği sonucuna varılabilir<sup>128</sup>.

**6. Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ilkesi**<sup>129</sup>. Dokunulmazlık rejiminin cumhurbaşkanına uygulanması, dokunulmazlıkların kaldırılması usûlünün de uygulanmasını içerir. Meclis'in yasalarını veto eden veya Meclis'teki çoğunlukla aynı siyasi görüşleri paylaşmayan bir Cumhurbaşkanı, görev dönemi süresince parlamentonun "*dokunulmazlığını kaldırması tehdidi ve endişesi*" içinde görevini yürütmek durumunda kalabilir. Bu da, Cumhurbaşkanını Meclis'teki çoğunluk gücün güdümü altına alacak,

126. Örneğin yasama dokunulmazlığı, milletvekillerinin halkın iradesini yansıttıkları için egemenlik kavramıyla gerekçelendirilerek milletvekillerine tanınmıştır. Oysa, cumhurbaşkanları için böyle meşru ve yüksek bir kavram kullanılarak gerekçelendirme yapılamamaktadır. Bir sonraki Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi ihtimâli de bu sonucu değiştirmemektedir. Zira 1982 Anayasası çerçevesinde halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin mevcut düzendeki gibi kalması hâlinde, Cumhurbaşkanı'nın yürüttüğü görevin halkın iradesinin yansıtılmasıyla bağlantısı olmayacaktır. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi sadece kendi meşruiyetini ilgilendiren bir konu olacak ve egemenlik kavramı ile ilişkilendirilemeyecektir.

127. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 571.

128. Doktrinde bu ilkenin sanıklar lehine öngörüldüğü belirtilmektedir. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 572. Ancak hak arama hürriyeti, aynı zamanda mağdurun âdil yargılanma hakkı kapsamındaki haklarından biridir. Hak arama hürriyetini etkileyen bir konuda, kanunilik ilkesinin sadece sanığı değil mağduru da ilgilendirir. Zira, mahkemelerde hâk arayanlar, hukukça korunan menfaati zedelenen mağdurlardır.

129. Dokunulmazlıklar rejiminin, Cumhurbaşkanına uygulanması hakkında doğacak bu kadar önemli bir tehlikenin doktrininde hiç incelenmemiş olması dikkat çekicidir. Aslında dokunulmazlıkların, Cumhurbaşkanına kıyasen uygulanmasının mutlak olarak reddini sağlayacak en önemli gerekçe, dokunulmazlık rejiminin kıyasen uygulanması hâlinde Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığını yitireceği gerçeğidir. Cumhurbaşkanı'nın görevi sırasında, illa ki yargılanmaması isteniyorsa, bu kıyasen uygulama yoluyla değil; Anayasa'da açıkça öngörülecek ve Meclis tarafından kaldırılması mümkün olmayan bir dokunulmaz rejimiyle öngörülmelidir.



tarafsızlığını kaybettirecek bir gerekçedir<sup>130</sup>. Böyle bir uygulama yerine, Cumhurbaşkanı'nın hiçbir dokunulmazlığa sahip olmadığını bilerek göreve gelmesi, tarafsızlığını koruması açısından daha güvenlidir.

**7. Sonuç** Bu bölümdeki ilkelerin çoğu doğrudan ceza muhakemesi hukukuna âit ilkeler olmadığı gibi, bazılarının dolaylı etkisi bile tartışma konusu yapılabilir. Bu ilkelerin incelenmesi sonucunda varılan sonuçlar, konunun yorumlanması ile varılacak değerlendirmeye esaslı bir gerekçe teşkil edecek derecede değil, sadece yorum faaliyetine katkıda bulunacak emareler niteliğinde açıklanmıştır.

### 2.2.6. Yargı Kararları

**1. Yasama dokunulmazlığı hakkındaki kararlar.** Anayasa Mahkemesi, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması kararlarının iptali başvuruları üzerine verdiği kararlarda yasama dokunulmazlıkları hakkında birçok önemli hususu vurgulamıştır<sup>131</sup>. Mahkeme;

- Yasama dokunulmazlığının münhasıran yasama faaliyetiyle ilgili ve bu faaliyetin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla öngörülüğünü ve gerekçesini de "milli irade"den aldığını belirtmektedir.
- Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin bir organı olmasının yanında meşruiyetini "halktan" sağlamıyor olması sonucunda yasama dokunulmazlığından Cumhurbaşkanı'nın yararlanamaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>132</sup>.

130. Böyle bir durumda, Cumhurbaşkanı ile Başbakan'ın bir yasanın veto edilmemesi karşılığında veya Anayasa Mahkemesi'ne, YÖK'e yapılacak bir atama karşılığında Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlığına dokunulmaması yönünde pazarlıklar yapması gibi, parlamenter rejimin tarafsız ve hâkem niteliğindeki Cumhurbaşkanı'ni ortadan kaldırır nitelikte sonuçların doğması kaçınılmazdır.

131. "Bütün demokratik ülkelerde, Yasama Meclisleri üyelerine, yasama görevlerini gereği gibi yerine getirebilmelerini sağlamak amacıyla bazı bağımsızlıklar ve dokunulmazlıklar tanınmıştır. Yasama Meclisi üyelerini bu biçimde diğer vatandaşlardan farklı bir statüye bağlı tutmanın amacı, kuşkusuz onları ayrıcalıklı ve hukukun üstünde bir grup durumuna getirmek olarak anlaşılabilir. Yasama dokunulmazlığı, bir amaç olmayıp milletvekillerinin halkın iradesini meclise tam olarak yansıtarak millî iradenin eksiksiz gerçekleşmesini sağlamanın aracıdır." Bkz. Anayasa Mahkemesi Esas Sayısı : 1994/4, Karar Sayısı : 1994/23, Karar Günü : 21.3.1994. Benzer yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi Esas Sayısı : 1994/5, Karar Sayısı : 1994/24, Karar Günü : 21.3.1994; Esas Sayısı : 1994/6, Karar Sayısı : 1994/25, Karar Günü : 21.3.1994.

132. 12. Cumhurbaşkanı'nın, halk tarafından seçilmesi hâlinde dâhi bu prensipten vazgeçilmesini gerektirecek bir durum yoktur. Bu durumda, her ne kadar yeni Cumhurbaşkanı meşruiyetini halktan

**2. Cumhurbaşkanı hakkında.** Anayasa Mahkemesi, 1.05.2007 tarihli kararında Cumhurbaşkanlığı mâkâmı hakkında önemli tesbitlerde bulunmuştur<sup>133</sup>.

**2a. Kararda varılan sonuçlar.** Kararda, 1982 Anayasa koyucusunun Cumhurbaşkanlığı mâkâmını düzenlerken amacı incelenmiş ve şu sonuçlara ulaşılmıştır. Cumhurbaşkanı'nın ulusun önemli bir çoğunluğunu yansıtan temsilcilerin iradeleriyle ve geniş bir uzlaşma ile seçilmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir.

**2b. Anayasa koyucunun iradesinin yorumlanması.** Anayasa koyucunun, Cumhurbaşkanlığı görevine gelecek kimse hakkında ne kadar titiz davrandığı ortadadır, bu amaç doğrultusunda Anayasa koyucu, dokunulmazlık rejimini de bilinçli olarak tanımayarak, mâkama gelecek kimsenin hakkında herhangi ciddi bir suç isnadı olmayan ve gelecekte de olması ihtimâli bulunmayan bir kimse olmasını amaçladığı düşünülebilir. Böylece, toplumun geniş kesimlerinin benimsediği bir Cumhurbaşkanı portresi ortaya çıkar.

**3. Cumhurbaşkanı'nın yargılanması hakkında.** Türk hukukunda, bir Cumhurbaşkanı'nın yargılandığı yegane örnek, 3. Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın yargılanmasıdır. Ancak, yargılamanın arz ettiği özellikler<sup>134</sup> nedeniyle buradan çıkartılabilecek yegane hukuki sonuç, 1960 yı-

---

almış bir Cumhurbaşkanı olacaksa da, yürüttüğü faaliyetin millet iradesinin yansıtılmasıyla ve temsiliyle hiçbir ilgisi olmadığından, millet iradesinin temsiliyi sağlayan yasamaya özgü yasama dokunulmazlığından yine de yararlanamayacağı daha önce açıklanmıştır.

133. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2007/45, Karar Sayısı: 2007/54, Karar Günü: 1.5.2007. Kamuoyunda "367 kararı" olarak bilinen bu karar, politik olarak tartışmalı bir karar olmakla birlikte, doktrindeki en önemli hukukçuların dahi fikir birliğine varamadığı bir konuda hukuken de tartışmalı bir karardır. Ancak karara yöneltilen eleştiriler ve karar hakkındaki tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararda dile getirdiği ilke ve esasların geçerliliğini etkilemez. Bu nedenle de kararın, bilimsel bir çalışmada değerlendirilme kabiliyetini hâiz olmadığı iddia edilemez. Karar doğrudur veya yanlıştır, bu başka bir çalışmanın konusudur. Kararı eleştiren çalışmalar dışında, hukukçunun karardaki ilkeler ve sonuçlara vereceği değeri yalnızca kararn bağımsız, tâbi bir mahkeme tarafından, hâkimler tarafından verilmiş olması belirlemelidir. Dolayısıyla, Bayar'ın yargılamasından hukuken en doğru sonuçlara ulaşılmışsa bile bilimsel bir çalışmada yararlanılamaz. "367 kararı" ise siyasal ve hukuken çok yanlış bir karar da olsa yararlanılmalıdır çünkü hukukun bir parçasıdır. Bu, tabiki kararın eleştirilemeyeceği anlamına gelmez.

134. Celal Bayar'ın, hukuk dışı bir darbeye görevi hukuken sona eremeyeceğinden Cumhurbaşkanı sıfatı ile mi yargılandığı, yoksa darbe ile görevi sona erdiğinden Cumhurbaşkanlığı görevi bittiği için mi kovuşturma yapılabildiği belirsizdir. Ayrıca, mahkemenin olağan hâkim ilkesine uygun

ında Cumhurbaşkanı'nı idâm cezasına mahkum edilmesini sağlayan gücün, 1924 Anayasası'ndaki Cumhurbaşkanlığına ilişkin dokunulmazlık hükmünü 1961 Anayasası'na almamasının, mâkama olan saygı ve güven ile ilişkili olamayacağıdır. 1982 Anayasa koyucusu, aynı düzeni muhafaza ettiğinden görüşü aynı doğrultudadır.

**4. Sonuç.** Anayasa Mahkemesi'nin, Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlık kapsamında olup olmadığına ilişkin bir kararı bulunmamaktadır. Ancak dokunulmazlığı inceleyen kararlarında, bunun sadece Meclis üyelerine tanındığını ve bunun millet iradesinin yansıtılması amacıyla gerekçelendirildiği ortaya konulmaktadır. 3. Cumhurbaşkanı Bayar'ın yargılama süreci ise 1961 Anayasa koyucusunun, 1924'teki dokunulmazlığı Anayasa'ya almamış olmasının gerekçesini açıklar niteliktedir. "367 kararı" ise Cumhurbaşkanlığı mâkama hakkında Anayasa koyucunun iradesini açıklamaktadır. Tüm bu kararlarda varılan sonuçlar, Cumhurbaşkanı'nın 1982 Anayasası kapsamında yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağı sonucunu teyit etmektedir.

## 2.2.7. Karşılaştırmalı Hukuk

### 1. Genel olarak.

**1a. Karşılaştırmalı hukuktan yararlanılmasının sınırı.** Cumhurbaşkanı'na karşı görevi sırasında kovuşturma yürütülüp yürütülemediği ve Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanmadığı hususunda karşılaştırmalı hukuktan ancak sınırlı bir şekilde faydalanılabilir<sup>135</sup>.

---

olup olmadığı, hatta bir mahkeme olup olmadığı konusundaki tereddütler ve yargılama usûlü hakkındaki eleştiriler Türk anayasa ve ceza hukukunun, bu konudaki yegane örneğinin incelenmesini hukuken imkansız kılmaktadır. Dönemin Cumhurbaşkanı Bayar'ın çeşitli kişisel suçlardan ("İrtikap [köpek] davası" ve "Topkapı olayları davası"), göreviyle ilgili bir suçtan ("Kayseri olayları davası") ve Anayasa'nın ihlali nedeniyle yargılanarak, bu suçlardan dolayı ayrı ayrı mahkum edilmiştir. Bu çalışma kapsamında incelenen tüm suç çeşitlerinin isnat olduğu bir Cumhurbaşkanı'nın yargılaması, ne yazık ki bilimsel açıdan değer taşımamaktadır.

135. Öncelikle, her ülkenin Cumhurbaşkanı'nın sorumluluk rejimi hakkındaki sistemi, 1982 Anayasası'nın öngördüğü sistem ile benzeşmemektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanları'nın suç işlemesi ve yargılanması istisnaen ortaya çıkan bir hukuki sorun olduğundan, bu konuda geniş bir yargısal içtihat ve doktrinel tartışmalardan bahsedilmesi mümkün değildir.

**1b. İncelemenin metodolojisi.** Yine de, yapılacak yorum faaliyetlerinde karşılaştırmalı hukukun sağlayacağı katkı yadsınmamalıdır<sup>136</sup>. Bu nedenle karşılaştırmalı hukuktaki ilgili örnekler sunulacak, ancak düzenlemeler eleştirilmeyecek ve sadece yansıtılmakla yetinilecektir. Bu görüşlerin tartışılacağı tek nokta Türk Hukukuna uygulanabilirlikleri noktası olacaktır.

**2. Amerikan Hukuku.** Amerikan Hukukunda da, üç Amerikan Başkanı görevleri sırasında suç işlemekle itham edilmiştir<sup>137</sup>. Ancak Amerikan Hukukundaki sistem, Türk-Fransız Hukuku sisteminden önemli ölçüde ayrılmaktadır<sup>138</sup>. Bu prosedür, 1982 Anayasası sisteminden farklı bir usûl öngördüğünden ayrıca üzerinde durulmayacaktır. Sadece Amerikan Hukuku örneğinin katkısı, Devlet'in başındaki bir kimsenin yargılanması ve hatta mahkum edilmesi için mutlaka görev döneminin sona ermesinin beklenmesinin gerekmeyeceği, bir Başkan'ın görevi devam ederken yargılanmasının mümkün olduğunu göstermekten ibarettir<sup>139</sup>.

**3. Alman Hukuku.** Alman Hukukunda, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili cezai sorumluluğun gerçekleştirilmesi usûlü, Anayasa'nın 61. maddesinde öngörülmüş ve Meclis kararına bağlanmıştır. Cumhurbaşkanı'nın, kişisel suçlarından dolayı, parlamenterlerin yararlandığı, yasa-ma dokunulmazlığından kıyas yoluyla kendilerinin de yararlanmaları, açıkça Anayasa'nın 60. maddesi tarafından öngörülmüştür.

136. Karşılaştırmalı hukukta Devlet Başkanları'na tanınan dokunulmazlıklarla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. *STECKEL*, III. Bölüm. Özet hâlinde karşılaştırmalı sonuçların sunulduğu ve bu bölümde yararlanılan bilgilerin kaynağı olan çalışmalar için bkz. *Les Documents de Travail du Sénat; Comité du Avril*, s. 21. Bu bölümde yararlanılan Anayasalar için *DUVERGER*, *Constitutions et documents politiques*; *CODICES*, <http://codices.coe.int>.

137. 1867 ve 1868 yıllarında Andrew Johnson ve 1998 yılında Bill Clinton. Nixon ise 1974 yılında istifasının sonucunda, "Watergate" skandalı nedeniyle "impeachment" prosedürüne tâbi olmanın kurtulmuştur.

138. Johnson ve Clinton hakkında izlenen prosedür, daha çok Anayasa'nın 105. maddesi uyarınca TBMM'nin suçlandırma kararı almasına benzemektedir. Bu suçlandırma ("impeachment") prosedürü, Amerikan Hukukunda bir yasama yetkisi olarak kabul edilmektedir ve yürütmeye dahil üst düzey tüm sivil görevlilerin görev dönemleri sırasında işledikleri belirli suçlar hakkında işletilmektedir.

139. Ancak Amerikan Hukukunda sanılanın aksine Amerikan Başkanı'nın görevi süresince kovuşturulabilirliği mutlak değildir. Öngörülen "impeachment" prosedürü nedeniyle Başkan sadece belirtilen suçlar hakkında ve belirtilen usûle göre kovuşturulabilir. Bunun dışındaki suçlar nedeniyle ve genel mahkemelerde yargılanamaz. Dolayısıyla ile, Amerikan Başkanı da sınırlı bir dokunulmazlıktan yararlanmaktadır.

**4. Avusturya hukuku.** Avusturya hukukunda, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlarından dolayı Anayasa'nın 68. maddesi uyarınca iki Meclis'in kararı olmaksızın Cumhurbaşkanı aleyhinde kovuşturma yürütülemez. Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlardan kovuşturulabilmesiyle, Anayasa'nın 63. maddesinde öngörülen usûl nedeniyle Federal Meclis'in onayına bağlıdır.

**5. Fransız hukuku.** Karşılaştırmalı hukuk açısından en önemli katkıyı kuşkusuz Fransız hukuku sağlamaktadır. Zira, Fransa Anayasası'nda da Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığı sorunu yanıtızsız bırakılmıştır. Bu konu Jacques Chirac'ın Cumhurbaşkanlığı döneminde önemli tartışmalara neden olmuştur<sup>140</sup>;

**5a. Fransız Anayasa Konseyi.** Sorun ilk olarak Fransız Anayasa Konseyi'nin önüne gelmiştir. Anayasa Konseyi, Cumhurbaşkanı'nın görevini yürütürken işlediği suçlardan dolayı cezai sorumluluğu bulunmadığını kabul ettiğinden bu konuda herhangi bir kovuşturmayı mümkün görmemektedir. Ancak, 22 Ocak 1999 tarihli kararı ile Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçları hakkında, görev süresi boyunca bir yargılama imtiyazından yararlandığına hükmetmiştir<sup>141</sup>. Bu karara göre, Cumhurbaşkanı, bu suçlar hakkında dokunulmazlığa sahiptir; yalnızca Yüksek Divan tarafından yargılanabilir<sup>142</sup>.

**5b. Fransız Temyiz Mahkemesi.** Temyiz Mahkemesi ise Anayasa Konseyi'nin kararından belirli noktalarda ayrılmaktadır<sup>143</sup>. Temyiz mah-

140. Aslında, Fransız Hukukunda önemli bir örneği de 1945 yılında Cumhurbaşkanı Phillippe Pétain'in yargılanması teşkil etmektedir. Ancak bu yargılama döneminde Anayasa'daki düzenlemelerin farklı olması ve yargılama sırasında Pétain'in görevde olmaması, dokunulmazlık konusunda bir önem arz etmemesi sonucunu doğurmaktadır.

141. Bkz. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999. (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98408/index.htm>). Kararın özeti için bkz. Conseil Constitutionnel COMMUNIQUÉ 10 octobre 2000. (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/communiq/2000/co101000.htm>)

142. Kararda, Cumhurbaşkanı'nın bu suçlar hakkında hem dokunulmazlığa sahip olduğu hem de bu suçlar nedeniyle hakkında özel bir usûlle dâhi olsa kovuşturma yürütülebileceği sonucunu uyarıcı bir ifade kullanılması doktrinde kararın kendi içinde çelişkili olduğu nedeniyle eleştirilmiştir. Daha önemli ise, yazar, kararı bütünüyle eleştirmekte ve Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili olan ve olmayan suçlar ayrımı yaptığından, kişisel suçların Yüce Divan tarafından yargılanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. *CHAGNOLLAUD*, s. 13.

143. "Avril Komitesi" olarak isimlendirilen ve Fransa'da Cumhurbaşkanı'nın sorumluluk rejimi konusunda anayasal düzenlemenin yenilenmesi konusunda çalışan Komite'nin bir üyesi olan *LUCHAIRE*'in her iki kararın sonuçları açısından görüşleri için bkz. *LUCHAIRE*.

kemesi de 10 Ekim 2001 tarihli kararında<sup>144</sup> Cumhurbaşkanı'nın açık bir düzenlemenin yokluğuna rağmen dokunulmazlıktan yararlandığı hükmüne varmıştır. Bu kararda, Cumhurbaşkanı'nın görev süresi boyunca tam bir dokunulmazlıktan yararlandığını ve hiçbir şekilde bu süre içinde yargılanamayacağını kabul etmiştir. Ancak, Mahkeme, menfaatler dengesini korumak amacı ile Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlıktan faydalandığı süre boyunca işleyen zamanaşımı sürelerinin kesileceğine hükmetmiştir<sup>145</sup>.

**6. İtalyan Hukuku.** İtalyan Hukukunda da, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlar hakkında kovuşturma usûlü düzenlenmiştir. Ancak, kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğu olduğu hâllerde hakkında kovuşturma yürütülebilmesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Doktrin, Cumhurbaşkanı'na karşı görev süresince kovuşturma yürütülemeyeceğini kabul etmektedir<sup>146</sup>.

**7. Portekiz Hukuku.** Portekiz Anayasası'nın 130. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlarından dolayı kovuşturulabilmesi Meclis kararına bağlanmıştır. Meclis kararı, Cumhurbaşkanı'nın görev süresi sırasında alınabilir. Cumhurbaşkanı'nın, kişisel suçları nedeniyle görevi süresince kovuşturulamayacağı da öngörülmüştür. Öngörülen bu dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin bir prosedür mevcut değildir.

**8. Yunanistan Hukuku.** Anayasa'nın 49. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili olan suçlardan dolayı yargılanmasının usûlü açıkça düzenlenmiştir. Bunun dışında, kişisel suçlardan dolayı görev süresi boyunca hakkında kovuşturma yapılamayacağı aynı maddede belirtilmiştir.

144. Arrêt n° 481du 10 octobre 2001 (Temyiz Mahkemesi'nin 418 sayılı 10 Ekim 2001 tarihli kararı) ([http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin\\_informativon\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2001\\_1367/no\\_545\\_1471/jurisprudence\\_1472/cour\\_cassation\\_1474/arret\\_public\\_integralement\\_3979.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_informativon_cour_cassation_27/bulletins_information_2001_1367/no_545_1471/jurisprudence_1472/cour_cassation_1474/arret_public_integralement_3979.html)). Bu karar, Chirac hakkında Paris Belediye Başkanlığı döneminde işlediği iddia edilen suçlar nedeniyle, Cumhurbaşkanı seçildikten sonra ilk derece mahkemelerinde açılan davalarda verilen görevsizlik kararları üzerine verilmiştir.

145. Anayasa Konseyi ve Temyiz Mahkemesi'nin verdiği bu kararlarının, Fransız Hukukundaki etkileri ve kararları takiben Fransa'da başlayan Anayasa reform çalışmaları hakkında bilgi için bkz. *GIUPPONI*, Francia: Il progetto di riforma costituzionale dell'immunità presidenziale, s. 1-2.

146. Doktrindeki bu sonuç ve eski İtalyan Cumhurbaşkanı Cossiga'nın yargılaması sırasında tartışılan dokunulmazlık rejimi ve yargı kararlarının incelemesi için bkz. *GIUPPONI*, Personaggi e interpreti dell'immunità presidenziale di fronte alla Corte costituzionale, s. 1-4.

**9. Diğer ülkeler.** Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti ve Macaristan Anayasaları'nda görev süresi boyunca kovuşturma yürütülemeyeceği düzenlenmiştir. Bulgaristan, Finlandiya ve İrlanda Cumhuriyeti Anayasaları'nda dokunulmazlık düzenlenmemiştir. İsviçre'deyse, Federal Konsey'in üyelerine karşı cezai kovuşturma yürütülebilmesi, Federal Anayasa'da özel bir izin prosedürüne bağlıdır<sup>147</sup>.

## 10. Sonuç.

**10a. Yasal boşluk hâlinde dokunulmazlık uygulanması bakımında.** Fransız Hukukundaki sonuçlar, Fransız Anayasası'nın 1982 Anayasasında öngörülen sisteme yakın olması nedeniyle Türk hukuku için önem arz etmektedir. Fransız Mahkemeleri, Cumhurbaşkanı'nın yararlandığı dokunulmazlığın hiçbir anayasal düzenlemede öngörülmeyen bir dokunulmazlık olduğunu kabul etmektedir. Böyle bir sonuca varılması için güçlü gerekçeler gerekmektedir. Her iki Mahkeme kararında, Cumhurbaşkanı'nın Devletin başı olduğu, halk tarafından seçildiği, önemli yetkilere sahip olduğu, kamu gücünü kullandığı ve Devlet'in devamlılığını temsil ettiği gerekçeleri gösterilmektedir. Bu ilkelere, Türk hukukunda dokunulmazlığı haklı kılacak nitelikte değildir;

### aa. Egemenlik ile gerekçelendirilememe :

- Esasen Cumhurbaşkanı'nın henüz halk tarafından seçilmediği ve yetkilerinin de yarı-başkanlık sistemini kabul eden Fransız Anayasasındaki gibi düzenlenmediği parlamenter rejimi kabul eden Türkiye'de, bu gerekçelerin birçoğu geçerliliğini yitirmektedir.
- Türkiye'de bir sonraki Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi hâlinde dahi meşruiyetini halktan alan ancak halk iradesinin temsili yönünde bir görevi olmayacak olan 12. Cumhurbaşkanı hakkında, başkanlık rejimi veya yarı-başkanlık rejimi kâbul edilmediği takdirde, bu prensiplerden ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur.

### ab. Devlet'in devamlılığı ile gerekçelendirilememe :

- Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı mâkamının boşalması hâli özel olarak öngörüldüğüne göre Cumhurbaşkanı'nın Devlet'in devamlılığını

147. Bkz. FAVRE, s.194.

ifade ettiğine dair Monarklara ilişkin prensiplerin günümüzün Devlet Başkanları için geçerli olduğunu kabul etmek oldukça güçtür.

- Günümüzde, Cumhurbaşkanlığı mâkâmı boşalsa da, Devlet'in sonu gelmez. Ayrıca, bu sakınca Cumhurbaşkanı hakkında kovuşturma yürütülürken mâkamına uygun düşecek nitelikte kovuşturma tedbirlerine maruz kalmamasına ilişkin hükümlerle giderilebilir.

*ac. Türk hukukunun iç dinamikleri* : Daha önemlisi, Türk hukukunun kendi iç dinamikleri bazı farklılıkları zorunlu kılmaktadır<sup>148</sup>. Özellikle, Türk hukukunda daha önce öngörülmüş dokunulmazlığın 1961 Anayasası ile kaldırılmış olması, 1961 Anayasa koyucusunun özellikleri, mâkama saygı ve güven gereği var olan dokunulmazlığın sadece Anayasa'ya yazılmamış olduğu görüşünü Türk hukuku için güçlü gerekçelere sahip kılmamaktadır<sup>149</sup>.

**10b. Dokunulmazlık hükümlerinin açıkça öngörülmesi.** Cumhurbaşkanına görevi süresince dokunulmazlık tanımak isteyen ülkelerin çoğunluğu bunu Anayasaları'nda açıkça düzenlemiştir. Birçok ülkede dokunulmazlık hakkında özel hüküm getirilmiş, Almanya'da yasama dokunulmazlıklarının kıyasen uygulanması dahi özel olarak belirtilmiştir<sup>150</sup>.

ba. Cumhurbaşkanının dokunulmazlıklardan yararlanabilmesi için açık bir hükme ihtiyaç duyulduğu ortadadır.

---

148. Zira bir hukuk düzenlemesi, başka bir ülkeden tercüme yolu ile alınıp iktisap edilse dahi tarihsel süreç içinde yorumlanması ve uygulanması ile ülkenin iç koşulları uyarınca kaynak ülkeye göre tam zıt yönde gelişim dâhi gösterebilir. Kaldı ki, Mahkeme kararları bir yana bırakılırsa, Fransız doktrininin büyük çoğunluğunun Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçları nedeniyle herhangi bir yargılama imtiyazından veya dokunulmazlıktan yararlanmadığını belirtmekte, ancak kendisinin bu görüşün savunucusu olmadığını da eklemektedir. Bkz. *CHAGNOLLAUD*, s. 14.

149. Ayrıca bu içtihadın sonucunda, Fransız Cumhurbaşkanı, görevi süresince adı sürekli yolsuzluklarla anılmış olmasına rağmen bu suçlardan dolayı yargılanmamış ve neticesinde Fransa Cumhuriyeti'nin, hakkında bu tür iddialar olan bir isim tarafından yönetilmiş olması, uluslararası kamuoyunda hukuk devleti olması görüşünü zayıflatır nitelikte olmuştur. Bu da, benzer bir yönde içtihadın, Türk hukukunda benimsenmesi durumunda yol açacağı sakıncaları ortaya koyar. Chirac, görevi süresinde yargılanarak suçsuz olduğu ortaya çıksaydı, bu gerek Fransa'nın başındaki kişinin hukuken aykırı suçlar işleyen bir kimse olmadığı, gerekse Fransa'nın Cumhurbaşkanı'nı dahi yargılayabilecek bir ülke olduğu yönünde bir izlenim verirdi.

150. Gerçekten yasama dokunulmazlığı, kendiliğinden devlet başkanına kıyasen uygulanabilecek bir müessese olsaydı, Alman Anayasası'nda kıyasen uygulamayı açıkça öngören bir hükme gerek kalmazdı.



bb. Bu ülkelerin Başkanları, haklarında dokunulmazlık öngörül-  
düğünden, Fransız veya Türk Cumhurbaşkanı'na göre daha prestijli  
bir konumda değillerdir. Dokunulmazlık rejiminin belirtilmemesinin  
mâkama saygınlık kazandırdığı görüşü gerçekten tartışmalıdır.

bc. 1982 Anayasa koyucusunun, Cumhurbaşkanı'nın dokunulmazlık-  
lardan faydalanmasını istemesi hâlinde, karşılaştırmalı hukukta bunca ör-  
nek varken, bunlardan yararlanmamış olacağı güçlü bir ihtimal değildir.

**10c. Devlet Başkanı'nın görevi sırasında yargılanabilirliği  
bakkında.** Amerikan Hukukundaki sistemin sonucu incelendiğinde,  
Başkan'ın görevi sırasında yargılandığı görülmektedir. Dolayısıyla, bir  
Devlet Başkanı'nın yargılanmasının o ülkenin saygınlığını zedeleyeceği  
yönündeki tezin gözden geçirilmesi gerekir.

ca. Zira Amerikan Başkanı'nın yargılanmasının kamuoyunda bıraktığı  
izlenim, Devlet'in başındaki kimsenin dâhi hukukun üstünde olmadığı,  
yargılabildiği ve Amerika'nın bir hukuk devleti olduğu şeklinde ol-  
muştur<sup>151</sup>.

cb. Ayrıca birçok ülkede mutlak bir dokunulmazlık sunulmamış,  
kovuşturmanın başlatılabilmesi için özel bir usûl öngörülmüştür<sup>152</sup>.  
Dolayısıyla, ancak belirlenen usûlün yürütülmesi sonucunda Başkanlar  
görevleri sırasında yargılanabilirler.

151. Türk doktrininde öne sürülen "Cumhurbaşkanı'nın, sabah bir Devlet Başkanı ağırlayıp, öğleden  
sonra Mahkeme'de ifade vermesinin kabul edilemeyeceği" görüşünün Amerikan uygulamasında  
kırıldığı görülmektedir. Clinton, bu dönemde birçok lideri ağırlamış; soruşturma zamanı gelince de  
ifade vermiştir. Bu örneğin uluslararası kamuoyuna yansıttığı olumsuz izlenim, suçun "niteliği" ve  
yargılama sonucu verilen kararın kamuoyunu tatmin etmemesidir. Yoksa, sadece Başkan'ın görev-  
deyken yargılanabiliyor olmasının kötü bir izlenim yarattığından bahsedilemez. Clinton, bu iddi-  
alar nedeniyle hiçbir yargılamaya tâbi olmasaydı kuşkusuz yaratılacak izlenim daha olumsuz olur-  
du. Örneğin görev dönemi boyunca adı yolsuzluklarla anılmasına rağmen hiçbir şekilde yargılana-  
mamış Fransız Cumhurbaşkanı'nın kamuoyuna verdiği izlenimin, Fransız Cumhurbaşkanlığı mâka-  
mının saygınlığının artması yönünde olduğu söylenemez. Özellikle de Chirac'ın yargılanmaması-  
nın, eski Fransız Cumhurbaşkanı Mitterrand'ın "Bir ağacın arkasına saklanmak istemiyorum, yapı-  
mış her şeyin sorumluluğunu üstleniyorum" açıklaması ile beraber düşünüldüğünde bu yöndeki  
etkisi göz ardı edilmemelidir. Bkz. *GICQUEL*, s. 538.

152. Karşılaştırmalı hukukta her ülke için farklı kavramlar ve kurumlar mevcuttur. Çalışma kapsamında  
kısa bir bölüm içinde farklı hukukların farklı kavramlarının olduğu gibi yansıtılarak sunulmasıyla  
bir kavram karmaşası yaratılmamak için tüm ülkelerde, cumhurbaşkanına karşı görevi süresince  
kovuşturma yapılmasını engelleyen/geciktiren sebepler "dokunulmazlık" terimi altında incelen-  
miştir. Sonuç olarak, tüm bu kavramların işlevi aynı amaca hizmet etmektedir.

cc. Karşılaştırmalı hukukta, Devlet Başkanı'nın görevi sırasında yargılanabilmesi, endişe duyulan ve mâkâmın saygınlığının ne olacağına hesaplandığı bir hâl değil; sadece açıkça düzenlenen bir durumdur.

**10d. Varılan sonuçların değerlendirilmesi.** Karşılaştırmalı hukukun katkısı, Cumhurbaşkanı'nın mevcut düzenlemeler nedeniyle yasama dokunulmazlıklarından faydalanamayacağı noktasında olmaktadır.

da. Gerçekten, Devlet Başkanı'nın dokunulmazlıklardan yararlanmasını isteyen Devletler, bunları Anayasalarında açıkça öngörmüş ve bu konuda bir açıklık bırakmamıştır.

db. Ayrıca, Başkanlarını görevi sırasında yargılayan devletlerin mâkâmının saygınlığı, Başkanları görevi sırasında yargılanamadığından hakkında sürekli suç isnatları çıkan Başkanlarınkinden daha aşağıda olmamıştır.

### 3. SONUÇ

**1. Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olmaması.** Anayasa hükümlerinin lafzı ve amaçsal yorumları sonucunda, konuya ilişkin tarihi gelişim, anayasal ilkeler, ilgili yargı kararları ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler doğrultusunda Cumhurbaşkanı, yasama dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilememektedir<sup>153</sup>.

**2. Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olmadığına tesbiti üzerine Anayasa'da bir boşluk olup olmadığı sorunu**

**2a. Boşluk olmadığı görüşü.** Yorum faaliyetinin değerlendirilmesinde varılan sonuçlar, tarihsel gelişimde Anayasa koyucunun Cumhurbaşkanı'na dokunulmazlık tanımamasını bilinçli olarak tercih ettiğini göstermektedir.

---

153. Böyle önemli bir konuda bir yoruma varabilmek için, farklı yorum metodu ve yorum faaliyetinde kullanılan yardımcı araçlar bir arada uygulanmak suretiyle bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bilimsel yorum faaliyeti neticesinde hiçbir sonuç mutlak doğru olarak sunulmamaktadır. Yorum faaliyetinin amacı, mevcut hukuk normlarının bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda bu normlardan mantık silsilesi ve hukuk kuralları dahilinde çıkartılması mümkün olan bir olasılığın sunulmasından ibarettir. Bu konuda bkz. *KELSEN*, s. 453.

**2b. Boşluk olsa dahi kıyas yapılamayacağı.** Boşluğun varlığı hâlinde dahi, dokunulmazlık hükümleri Cumhurbaşkanı'na kıyasen uygulanamaz. Bir hukuki kuruma ilişkin hükmün başka bir hukuki kuruma kıyasen uygulanabilmesi için, aralarında bir aykırılık olmamalı ve birbirlerinin esasına uygun olmalıdırlar. Oysa dokunulmazlığın tanınmasındaki amaçla, bunun Cumhurbaşkanı'na uygulanmasını savunan gerekçeler arasında öze ilişkin ciddi farklar görülmektedir. Ayrıca, yasama dokunulmazlığının kıyasen uygulanması hâlinde Cumhurbaşkanı, Anayasa'da öngörülmüş tarafsız kimliğini kaybeder.

**3. Sonuç.** Cumhurbaşkanı'nın yasama dokunulmazlığı kapsamında olmaması ve dokunulmazlık hükümlerinin Cumhurbaşkanı'na kıyasen uygulanamaması nedeniyle Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunun gerçekleştirilebilmesi için genel usûlden vazgeçilemez. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu fiilen derhal gerçekleştirilebilecektir<sup>154</sup> ve Cumhurbaşkanı genel ceza yargılamasına tâbidir<sup>155</sup>.

154. Aynı yönde bkz. *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku, s. 536; *GÖZÜBÜYÜK*, s. 231; *KANADOĞLU; KUNTER/YENİSEY*, s. 358; *YAŞAR/KİRİT. KUNTER/YENİSEY* Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu kabul etmediğinden, sadece dokunulmazlığın bulunmadığını teyit etmektedir ancak sorumluluğun gerçekleştirilebilmesine karşıdır.

155. Cumhurbaşkanı'nın normal bir vatandaş gibi cezai sorumluluğu olduğu ve yargılabileceği görüşü, kuşkusuz Cumhurbaşkanı'na karşı kovuşturma yürütülürken Cumhurbaşkanlığı makamına uygun düşmeyecek kovuşturma tedbirlerine başvurulabileceği anlamına gelmez. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu olması veya hakkında kovuşturulma yapılmasının her ne kadar makamın saygınlığı ile ilgisi yoksa da Cumhurbaşkanı'nın nezarethanedeki bir gece geçirmesi veya elleri kelepçeli olarak Çankaya'dan zorla alınması gibi tedbirler uygulanması makamın saygınlığını etkiler. İşte o zaman, yasama dokunulmazlığı kapsamında başvurulması engellenen bazı kovuşturma tedbirlerinin, bu sefer öze uygun düşmesi, makamın saygınlığı ile gerekçelendirilebilmesi ve etkin bir sorumluluk rejimini zedelememesi amacıyla kıyasen uygulanması kabul edilir. Ancak kovuşturma sırasında alınması gereken özel tedbirler başka bir çalışmanın konusu olduğundan ayrıca incelenmeyecektir. Son olarak, Cumhurbaşkanı bu yargılamalara rağmen görevine devam edebilir zira masumiyet karinesinden Cumhurbaşkanı da yargılanır. Ancak milletvekili seçilme yeterliliğini etkileyen bir suçtan mahkum olması durumunda Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliğini de kaybetmiş sayılır ve Cumhurbaşkanlığı makamı boşalmış olur.

## IV. Bölüm

### SONUÇ

*Bu çalışmada varılan sonuçlar kısaca şu şekilde özetlenebilir;*

#### **1. Cezai sorumluluğun tespiti;**

**1.1.** Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili ve kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğu mevcuttur.

**1.2.** Vatana ihanetten sorumluluğuyorsa siyasal sorumluluğuna ilişkindir.

#### **2. Cezai sorumluluğun gerçekleştirilmesi;**

**2.1.** Cumhurbaşkanı, herhangi bir dokunulmazlık veya kovuşturmayı erteleyici bir imtiyazdan yararlanmaz.

**2.2.** Sorumlu olduğu suçlardan dolayı görevi sırasında yargılanabilir.

#### **3. Sonuçların baskın doktrinden ayrıldığı noktalar;**

**3.1.** Vatana ihanetten sorumluluk, Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğuna ilişkindir.

**3.2.** Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili suçlardan sorumludur.

**3.3.** Cumhurbaşkanı görev süresi sırasında yargılanabilir.

**4. Öneriler.** Çalışmada varılan sonuçlar, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğunu en iyi çözümlen sonuçlar olduğu iddiasını taşımamaktadır. Sadece, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu sorununun 1982 Anayasası'nda ne şekilde cevaplanmış olduğunu göstermektedir. Olması gereken hukuk açısından sunulacak öneriler şu şekildedir;

**4.1. Siyasal sorumluluk :** Siyasal sorumluluk (vatana ihanet) kaldırılmalıdır. Cumhurbaşkanı, parlamenter rejime göre sembolik yetkilerle donatılmalı ve karşılığında mutlak siyasal sorumsuzluğu kabul edilmelidir.

**4.2. Cezai sorumluluğun tespiti :** Bir hukuk devletinde, kimsenin mâkam itibarıyla cezai sorumsuzluğu olamaz. 21. yy.'da hiç kimsenin işlediği suçtan mâkamı yüksek diye yargılanamaması fikri terk edilmelidir. Anayasa'nın bu konudaki düzenlemesi yerindedir, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suç işleme serbestisi olduğu düşünülemez. Ancak tartışmaların önüne geçmek amacıyla açık düzenleme getirilmelidir.

**4.3. Cezai sorumluluğun gerçekleştirilmesi :** Cumhurbaşkanı'na karşı görevi sırasında kovuşturma yürütülebilmesi, geçmişte suçlar işlemiş kişileri böyle saygın bir mâkama çıkma konusunda caydıracağından ve görev başındaki Cumhurbaşkanı'nı mâkamının saygınlığına uygun hareket etmesini sağlayacağından, mâkamın prestijini korumaktadır ve yerindedir. Ancak menfaatler dengesinin Cumhurbaşkanı aleyhine oranlısız şekilde bozulmaması için ciddi olmayan şikayetlerin kovuşturulması için önlem alınmalı [Savcının kovuşturma kararının yeterli görülmemesi, başka bir mâkamın karara katkısı], özel görev kuralları belirlenmeli [yer bakımından yetki kuralı olarak mutlaka Cumhurbaşkanı'nın yerleşim yeri mahkemesinde dava açılması] ve Cumhurbaşkanlığı mâkamıyla bağdaşmayacak tedbirlere [göz altına alma, tutuklama] maruz kalması önlenmelidir.

### KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı Orhan**, Anayasa Hukukunun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1982;
- Armağan Servet**, Türk Esas Teşkilât Hukuku, İstanbul, 1979;
- Bayılıoğlu Uğur**, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 56, s. s. 51-121, 2005;
- Burdeau Georges, Hamon Francis, Troper Michel**, Droit Constitutionnel, 25. Baskı, Paris, 1997;
- Carcassone**, “La Constitution”, Points, s. 277, 1996;
- Centel Nur, Zafer Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2008;
- Chagnollaud Dominique**, “La responsabilité pénale du chef de l’Etat”, Hommes et Libertés, n. 111, Ocak/Şubat 2001;
- Codies**, Constitutions, (<http://codices.coe.int>);
- Comite Du Avril**, “Rapport sur le statut pénal du Président de la République”
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, c.1, 14. Bası, İstanbul, 1997;
- Duguit Léon**, Droit Constitutionnel, c. IV, 2. Baskı, Paris, 1924;
- Duverger Maurice**, Constitutions et documents politiques, Paris, 1992 (Anılış: *DUVERGER*, Constitutions et documents politiques);
- Duverger Maurice**, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1960 (Anılış, *DUVERGER*);
- Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artık Mehmet Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 1997;
- Favre Antoine**, Droit Constitutionnel Suisse, 1966; Fribourg;
- Ferretti Raymond**, “La responsabilité du président de la Republique”, La Gazette, s. 227-229, 10 Aralık 2001;
- Foyer Jean**, “Haut Cour de Justice”, Répertoire Dalloz, Droit Pénal n. 34;
- Gicquel Jean**, Droit constitutionnel et institutions politiques, 17. Baskı, Paris, 2001;
- Giupponi Francia**, Il progetto di riforma costituzionale dell’immunità presidenziale, s. 2. (Anılış: *GIUPPONI*; Il progetto di riforma costituzionale dell’immunità presidenziale).
- Giupponi**, Uno, nessuno e centomila : Personaggi e interpreti dell’immunità presidenziale di fronte alla Corte costituzionale. (Anılış: *GIUPPONI*, Personaggi e interpreti dell’immunità presidenziale di fronte alla Corte costituzionale).
- Gören Zafer**, Anayasa ve Sorumluluk, 2. Bası, Ankara, 1995;

- Gözler Kemal**, “Yasama Dokunulmazlığı : Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 56, No 3, Temmuz-Eylül 2001, s.71-101. ([www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm](http://www.anayasa.gen.tr/dokunulmazlik.htm); 1.5.2004), (Anılış : *GÖZLER*, Yasama Dokunulmazlığı);
- Gözler Kemal**, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, İkinci Baskı, Bursa, 1999 (Anılış: *GÖZLER*, Anayasa Hukukunun Metodolojisi)
- Gözler Kemal**, Devlet Başkanları : Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Bursa, 2001 (Anılış: *GÖZLER*, Devlet Başkanları);
- Gözler Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000 (Anılış : *GÖZLER*, Türk Anayasa Hukuku);
- İzgi Ömer, Gören Zafer**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu, Ankara, 2002;
- Kanadoğlu Sabih**, “Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu”, Cumhuriyet Gazetesi, 25 Nisan 2007;
- Kelsen Hans**, Théorie Pure du Droit, Paris, 1962;
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2006;
- Luchaire François**, “Le juge, l'élú et la Constitution”, Études internationales, c. 34, n.1, Mart 2003;
- Mazza Leonardo**, Lezioni di Diritto Penale, 2. Baskı, Torino, 2004;
- Oğuzman Kemal, Barlas Nami**, Medenî Hukuk, 11. Bası, İstanbul, 2004;
- Özbudun Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2000;
- Özek Çetin**, “Anayasayı İhlâl Suçunda Hazırlık Hareketleri-İcra Hareketleri”, Yargı, c. 16, s. 1-2, Ocak-Nisan 1990;
- Pactet Pierre**, Institutions politiques, Droit constitutionnel, 11. Baskı, Paris, 1992;
- Siracusano Delfino, Galati Antonino, Tranchina, G., Zappalà E.**, Diritto Processuale Penale, c. I, Milan, 2004;
- Soysal Mümtaz**, 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, İstanbul, 1987 (Anılış: *SOYSAL*, 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı);
- Soysal Mümtaz**, Dinamik Anayasa Anlayışı, Ankara, 1969 (Anılış: *SOYSAL*, Dinamik Anayasa Anlayışı);
- Steckel Marie Christine**, “Le chef d'État et le droit international”, Société Française Pour Le Droit International, s. 300, Paris, 2001;
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi**, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2004;
- Teziç Erdoğan**, Anayasa Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2003;

**Vedel Georges**, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, 2002;

**VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Genel Raporu**, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi”, c. I, sf. 37-81, Ankara, 1990;

**Yaşar Yusuf, Kirit Erman**, “Cumhurbaşkanının Siyasi ve Hukuki Sorumluluğu”, Cumhuriyet Gazetesi, 19 Ocak 2007;

**Yayla Yıldızhan**, Anayasa Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, İstanbul, 1986;

**Yüzbaşıoğlu Necmi**, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, 4. Bası, İstanbul, 2006.



## Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu\*

Orçun Gündüz\*\*

### I. GİRİŞ

Ceza yasaları yürürlükte buldukları süre içerisinde, o ülkede yaşayan herkese uygulanır. Buna ceza kurallarının mecburiliği prensibi adı verilir. Ancak, yaptıkları görevin mahiyeti gözetilen bazı kişiler<sup>1</sup> açısından bu ilkeye kaynağını ulusal veya uluslararası hukuktan alan istisnalar getirilmiştir<sup>2</sup>. Bunlardan biri de inceleme konumuzu oluşturan Cumhurbaşkanı'dır.

Konumuz olan 'Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu' giriş bölümü dahil üç bölümde incelenecektir. Öncelikle, genel bilgiler ortaya konup, Cumhurbaşkanlığı ve sorumsuzluğu kavramı, kökeni ve fonksiyonu incelenecektir. Nihayet son bölümde ise, Türkiye'de Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler açıklanıp ve irdelenip çalışmamız sonlandırılacaktır.

### II. GENEL BİLGİLER

#### A. Yürütme Erki

Yürütme erki, devlet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşan bütünü veya sadece bakanlar kurulunu ifade eden 'hükümet<sup>3</sup>' sözcüğünün dar

\* Elsa (European Law Students Association) İstanbul şubesi tarafından düzenlenen II. Alacakptan Hukuk Makalesi Yarışmasında ikincilik ödülü kazanan makale. (Bu makaleyi, öğrenim yaşamımda çok önemli bir yere sahip olan, benden her konuda desteğini esirgemeyen ve bana inanan değerli hocam Prof.Dr.Yener Ünver'e armağan ediyorum.)

\*\* Avukat. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

1. Bu kişiler, cumhurbaşkanı, milletvekilleri, diplomasi ajanları ve uluslararası sözleşmelerle belirlenen görevli kişilerdir.
2. Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.146; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.164.
3. Geniş manası ile hükümet, kamu görevlilerinin karşısı olarak siyasi iktidarı elinde bulunduran yönetenleri ifade eder. (Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 9.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.353.)

anlamda kullanılmasıdır<sup>4</sup>. Yapısı bakımından yürütme organı, tekçi (monist), ortaklaşa (kollejyal) ve iki başlı (dualist) yürütme olmak üzere üç çeşittir.

Tekçi yürütmede, yürütme organı tek kişiden oluşur<sup>5</sup>. Bu rejimin tipik örneği Amerikan Başkanlık sistemidir<sup>6</sup>.

Ortaklaşa yürütmede ise, yürütme organı, birçok kişinin yer aldığı bir kuruldan meydana gelir. Günümüzde meclis hükümeti sistemine dayalı bu sistemin tipik örneği, İsviçre'dir<sup>7</sup>. Bu sistemin benzeri, 23 Nisan 1920 – 29 Ekim 1923 arasında Türkiye'de uygulanmıştır<sup>8</sup>.

Nihayet, iki başlı yürütme ise bir kişi ile bir kurulun işbirliği yaptığı, monist ve kollejyal yürütmenin birleşiminden oluşan bir yürütme şeklidir. Bu sistemde, yürütme iki başlı olup, biri Devlet Başkanı diğeri Bakanlar Kuruludur. Parlamenter rejimin<sup>9</sup> somut özelliklerinden olan dualist yürütme, İngiliz parlamenter monarşisinin tarihsel süreç içinde pragmatik olarak ürettiği bir oluşumdur<sup>10</sup>. Bu sistemde, devlet başkanı Monark olabileceği gibi, Türkiye'de olduğu gibi Cumhurbaşkanı da olabilir<sup>11</sup>.

4. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, s.354.

5. Otoriter rejimlerde bu çeşit yürütme, monark veya diktatörlerin, demokratik rejimlerde ise halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın elindedir. (Teziç, **Anayasa Hukuku**, s.357.)

6. Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.

7. İsviçre'de Federal Konsey diye anılan bu kurul, 7 üyeli olup, dört yıl için seçilmektedir. Konseyin başkanı, Cumhurbaşkanıdır ve her yıl değişmektedir. (Teziç, **Anayasa Hukuku**, s.358)

8. Tanör – Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, s.299.

9. Parlamantarizm, kökeni İngiltere'de olan temsili rejimin ondokuzuncu asır İngilteresinde görülen ve anlaşılan şeklidir. Orhan Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı**, İstanbul, 1960, s.48. 'Parlamenter düzende Devlet Başkanı sorumsuzdur. Sorumsuzluğu, onun bütün karamamelerini Başbakan ve ilgili bakana imzalatmasını gerekli kılar. Bütün yetkileri, yasama kuvveti önünde sorumlu bakanlar kurulu tarafından kullanıldığından, kendisinin tarafsız olarak partiler arasında çıkacak ihtilaflarda, hakemlik yapması imkanı doğmakta ve parlamenter rejim Devlet Başkanı, tarafsız bir lider niteliği kazanmaktadır.' (Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası (Ders Notları)**, 4.bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.282.)

10. Nemci Yüzbaşıoğlu, **Parlamenter Rejimlerde ve Türkiye'de Yürütme Kuvveti**, İstanbul, 1986, s.39 vd.

11. Dualist yürütmede devlet başkanı, Belçika, İsveç, Norveç, Danimarka, Hollanda ve İngiltere'de birer monark olabileceği gibi, Fransa, İtalya, Almanya, Avusturya, Finlandiya ve Türkiye'de birer Cumhurbaşkanıdır. (Teziç, **Anayasa Hukuku**, s.358.)

## B. Cumhurbaşkanlığı Kavramı

Devlet şekli Cumhuriyet olan ülkelerdeki devlet başkanına verilen isim Cumhurbaşkanı, bu makama verilen ad ise Cumhurbaşkanlığıdır.

Cumhurbaşkanı yürütmenin başıdır. Bu özelliği dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın ülkedeki yasama ve yürütme ilişkilerine göre konumu farklılık taşır. Parlamenter sistemde Cumhurbaşkanı, yasama ve yürütme arasında dengeyi sağlayan, temsili görevleri üstlenen makam özelliğini taşır.

1921 Anayasasında yapılan 29 Ekim 1923 değişikliği ile yeni Türkiye Cumhuriyeti kurulmuş ve de Cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulmuştur<sup>12</sup>.

## C. Cezai Sorumluluk Kavramı

Cezai sorumluluk, ceza hukuku ile ilgili sorumluluk demektir. Cezai sorumluluğa kişinin suç işlemesi yol açar. Ceza sorumluluğu şahsidir. Cezai sorumluluğun yaptırımı, 5237 sayılı TCK'da düzenlediği üzere ceza ve güvenlik tedbirleridir. Cezai sorumluluk alanında adli yargı kolunun ceza mahkemeleri görevlidir<sup>13</sup>.

## D. Cumhurbaşkanı'nın Sorumsuzluğunun Kökeni

Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu ilkesi, parlamenter rejimin 'Monarşik' bir yapı içinde geliştiği zamanlardan kalan bir hatıradır. Kralın başında bulunduğu kabinenin işlemlerinden Kral da vekiller ile birlikte sorumlu tutulsaydı, sorumluluğun kabul edildiği hallerde istifa etmesi veya tahtından vazgeçmesi gerekirdi. Bu sistemin monarşik idarenin ilkelere ile örtüşmeyeceğini ve Devlet Başkanı makamının prestij kaybedeceğini sezen İngiliz Monarşisi, sorumluluğu ve yürütmeyi kabineye bırakmış, yürütmenin bütün işlemlerinden Bakanlar Kurulunu sorumlu tutmuştur<sup>14</sup>. Kaldı ki, monarşik anlayışa göre; zaten 'kral, hata yap-

12. Fethi Kılıç, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı'nın Görev ve Yetkileri**, İÜSBE (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1988, s.2.

13. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 4.bs., Bursa, Ekin Yayınları, 2007, s.394.

14. Ahmet Kesre, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı**, İstanbul, Sümer Matbaası, 1973, s.131-132.

maz'dı<sup>15</sup>. Hata yapmayacak bir kişinin sorumlu tutulması da sözkonusu olamazdı.

Devlet Başkanı'nın cezai sorumsuzluğu konusunda Cumhuriyetler ile Parlamenter Monarşiler arasında önemli farklar vardır. Monarşilerde hükümdarın cezai sorumsuzluğu mutlak ve görevle ilgili olmayan suçları da kapsar<sup>16</sup>. 1876 tarihli Osmanlı Kanun-u Esasi'de hükümdarın şahsının 'mukaddes ve gayri mesul' olduğu belirtilmiştir. (m.5) Cumhuriyet rejimlerinde ise, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumsuzluğu nisbidir. Yani, Cumhurbaşkanı vatan hainliği dışında, yalnız göreviyle ilgili işlemlerden sorumlu tutulmaz. Adi suçlarından dolayı ise her vatandaş gibi sorumludur<sup>17</sup>.

### E. Sorumsuzluğun İşlevi

Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunun parlamenter rejimlerdeki işlevi, parlamento ile kabine arasında doğacak uyuşmazlıkların çözümünde 'hakem' olarak rol oynamasıdır. Ancak, Cumhurbaşkanı'nın böyle bir rolü oynayabilmesi için, her şeyden önce, bağımsız, istikrarlı ve kişiliğinin sağladığı prestije sahip olması gerekir ki, bu da onun sorumsuzluğu ile sağlanır<sup>18</sup>.

İşte bu nedenlerle, Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu kuralı, parlamenter rejimi kabul eden ülkelerin anayasalarında kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Bu kural, Devlet Başkanı'na parlamenter rejimlerdeki fonksiyonunu yerine getirmek olanağı sağlamaktadır<sup>20</sup>.

- 
15. Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İstanbul, 1971, s.394.
16. 'Kral bir bakanı öldürürse, bundan Başbakan sorumlu olur, fakat Başbakanı öldürürse bundan kimse sorumlu olmaz' cümlesi kralın mutlak sorumsuzluğunu belirtmektedir. (Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde...**, s.99-100.)
17. Kerse, s.133.
18. Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde...**, s.100.
19. Norveç (m.5), Hollanda (m.55), İsveç (m.3), Belçika (m.63), Danimarka (m.12), Finlandiya (m.47) ve İtalya Anayasası (m.90) gibi devletlerin Anayasalarında devlet başkanlarının sorumsuzluğu kabul edilmiştir.
20. Yıldızhan Yayla, **Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri**, İstanbul, 1982, s.28.

## F. Sorumsuzluğun Sonuçları

Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'da kabul edilen sorumsuzluğunun bazı sonuçları olmalıdır.

Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunun başta gelen sonucu; Cumhurbaşkanı, seçildiği süre içinde, 'Vatana ihanet' durumu dışında azlolunamaz<sup>21</sup>, görevinden alınamaz ve düşürülemez<sup>22</sup>.

Parlamento bu şekilde, Cumhurbaşkanı'na etkide bulunamayınca, Cumhurbaşkanı 'bağımsız' kalabilmekte ve görevini, vicdanının emrettiği şekilde yerine getirmeye çalışmaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanları'nın bu şekilde sorumlu tutuluşları sadece cumhuriyet parlamentolarına özgü değildir. Nitekim, Belçika Kralı Leopold'un referandumun lehine sonuçlandığı halde, M. Speak liderliğindeki Belçika Sosyalist Partisi tarafından üzerine yürünerek oğlu lehinde tahtından feragata zorlanması ve feragatın da gerçekleşmesi, monarşilerde de Devlet Başkanı'nın sorumsuzluğunun bazen teorik kaldığını göstermektedir<sup>23</sup>.

Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunun diğer önemli bir sonucu da; parlamenter rejimin gelişmesinin bir ürünü olarak kabul edilen ve Devlet Başkanı'nın, yetkilerini kullanabilmek için sorumluluğu kabul eden bir kişi (veya kişileri) aramak zorunda bırakılışdır<sup>24</sup>. Parlamenter rejimde Başbakan ve Bakanlar sorumluluğu üzerine aldıklarından, Devlet Başkanı yetkilerini kullanmak imkanına kavuşmaktadır<sup>25</sup>.

21. Weimar Anayasası, klasik görüşten ayrılmış ve Devlet Başkanı'nın halk tarafından 'plebisit', yoluyla azledilebileceğini kabul etmiştir. Bu anlayışın nedeni, Cumhuriyetlerde sorumsuz bir organın bulunamayacağı anlayışından değil, geniş yetkilerle donatılmış Weimar Anayasası Cumhurbaşkanı'nın yasama ve yürütme organları arasındaki dengeyi bozacak şekilde hareket etmesi ihtimali ve bundan duyulan endişedir. Arslan Erenler, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı**, İÜSBE (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1988, s.81.

22. Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde...**, s.102-103.

23. Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde...**, s.103.

24. Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde...**, s.103-104.

25. Kerse, s.136.

### III. TÜRKİYE'DE CUMHURBAŞKANI'NIN CEZAI SORUMLULUĞU

#### A. Genel Olarak

Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu 1982 Anayasası'nın 105. maddesinde 'sorumluluk ve sorumsuzluk hali' başlığı altında düzenlenmiştir. Madde şu şekildedir:

*'Cumhurbaşkanı'nın, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.*

*Cumhurbaşkanı'nın resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.*

*Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararlarla suçlandırılır.<sup>26</sup>*

Anayasanın 105.maddesinin kenar başlığı 'sorumluluk ve sorumsuzluk hali' dir. Bu ifade sanki, Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğunun kural, sorumsuzluğunun istisna olduğu anlamına gelen bir ifade taşımaktadır. Oysa, aksine Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu kural, sorumluluğu istisna olduğuna göre, maddenin kenar başlığı da, buna uygun olarak, 'Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu ve sorumluluk hali' olmalıydı<sup>27</sup>.

26. Maddenin gerekçesi ise şöyledir:

'Devlet Başkanının parlamenter rejimdeki sorumsuzluğu ilkesinin nasıl uygulanacağı bu maddede düzenlenmiştir. Devlet Başkanının görevi sırasında Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde vatan hainliği dışında (madde 115) herhangi bir sorumluluğu yoktur. Diğer taraftan parlamenter sistemde sorumsuz olan bir kişiye yetki verilemez. Bundan dolayı Devlet Başkanının kararlarının uygulanabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde işlemin sorumluluğunu kabul edip savunacak 'birinin' bulunması gerekir. Bu da Başbakan ve ilgili bakandır. Her ikisi veya gerektiğinde bütün Bakanlar Kurulunun Devlet Başkanının kararlarını imzalamaları gerekir. Esasen bu zorunluluktan dolayı kararlar Bakanlar Kurulu veya bakan tarafından alınır ve Devlet Başkanı tarafından imzalanır. Cumhurbaşkanının sorumluluk getirmeyen kararlardan hangilerini tek başına imzalayarak uygulatabileceği, yani istisnalar, Anayasada açıkça belirtilmiştir.

Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu, vatan hainliği dolayısıyla; eski metinde bir değişiklik yoktur.' (Abdullah Sezer, **1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.255.)

27. Aynı yönde görüş için bkz. Ömer İzgi - Zafer Gören, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C.:II, 2.bs., Ankara, TBMM Matbaası, 2002, s.982.

Türk hukukunda Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlemlerden dolayı sorumlu değildir. Re'sen imzaladığı karar ve emirler aleyhine hiçbir yargı merciine başvurulamaz. Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanan kararlarından ise Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.

### **B. Cumhurbaşkanı'nın Görev Sırasında ve Görev Nedeniyle İşlediği Suçlardan Sorumluluğu**

Anayasanın 105.maddesi, içerik yönüyle 1961 Anayasası'nın 98.maddesi ile paralellik göstermesine karşın, düzenleme yönünden farklılık arz etmektedir. 1961 Anayasası m.98/f.1'de '*Cumhurbaşkanı, görevi ile ilgili işlemlerinden dolayı sorumlu değildir*' demektedir. 1982 Anayasasının m.105/f.1'e göre, Cumhurbaşkanı'nın görevinden kaynaklanan tek başına yapamayacağı işlemleri için sorumluluğu Başbakan ve ilgili Bakan'a yükleyen Anayasa, aynı maddenin ikinci fıkrasında 'gene göreviyle ilgili olarak' Cumhurbaşkanı'nın resen imzaladığı karar ve emirler aleyhine yargı mercilerine başvurulamayacağını düzenlemiştir. Kanaatimizce, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili olarak sorumsuzluğunun düzenlendiği 1982 Anayasası'nın m.105/f.1 ve f.2 yerine, müşterek karara bağlı ve münferit kararlar olarak ayırımını gereksiz gören 1961 Anayasası'ndaki düzenleme sisteminin benimsenmesi daha uygun olurdu<sup>28</sup>.

Kanımızca, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden sorumsuzluğunun nedenini karşı-imza kuralı değildir. Öncelikle, karşı-imza kuralı, siyasi sorumluluk alanında geçerli bir kuraldır. Karşı-imza kuralı ile Cumhurbaşkanı'nın siyasi sorumluluğunu Başbakan ve ilgili Bakan üstlenmiş olur. Diğer bir neden ise, Cumhurbaşkanı'nın Başbakan ve ilgili Bakan'ın imzasına gerek olmaksızın tek başına yaptığı, karşı imza kuralına tabi olmayan işlemleri vardır. Örneğin yüksek mahkeme üyelerini atama işlemi, Cumhurbaşkanı'nın tek başına kullanabileceği yetkilerdendir. Nitekim AYM, 1982 Anayasası döneminde verdiği 1993/18 sayılı kararıyla, 1961 Anayasası dönemindeki içtihatını sürdürerek<sup>29</sup>, Cumhurbaşkanı'nın

28. Aynı yönde görüş için bkz. Kayıhan İçel – Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1.Kitap**, 6.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.136.

29. AYM, 27.04.1993, E. 1992/37, K. 1993/18, (AYMKD, No.31/1), s.3. AYM kararında aynen şöyle demiştir: "Cumhurbaşkanına kimi Yüksek Mahkemeler ile HSYK üyelerini atama yetkisi verilmesi yürütmenin başı sıfatıyla değil, Devletin başı olması dolayısıyla verilmiştir. Bunların, Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılacak yetkilerden olduğunda kuşku ve duraksamaya yer bulunmamaktadır"

bazı yetkilerini mahiyeti gereği tek başına kullanması gerektiğini, bunların başında 'tarafsız Devlet Başkanı sıfatıyla vermiş olduğu yetkiler'in geldiğini, bu yetkilerin, siyasal bakımdan taraflı olan hükümetle paylaşılmasının uygun olmadığını, yüksek yargı organlarına üye seçme yetkisinin onun tarafsız statüsü nedeniyle tanındığını, bunun hükümetle paylaşılması yargı bağımsızlığı ilkesi ile çeliştiğini söylemiştir. Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanı'nın bu fiillerinden sorumsuzluğunu karşı-imza kuralı temeline değil, Devlet Başkanı'nın geleneksel ve tarihi statüsünün bir kalıntısı olarak düşünmek gereklidir. Monarşiler yıkılıp, yerlerine Cumhuriyetler kurulunca, Cumhurbaşkanları'nın statüleri kralların statülerine benzetilerek düzenlenmiştir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanları'nın da, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı, krallar gibi sorumsuz olduğu kural olarak kabul edilmiştir<sup>30</sup>.

Anayasa'nın 105/f.1-2 maddeleri uyarınca, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapabileceği işlemler dışındaki bütün kararları Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır ve bu kararlardan Başbakan ile ilgili Bakan sorumludur. Tek başına yaptığı işlemler hakkında ise yargı mercilerine başvurulamaz.

Dönmezer/Erman, tek başına imzaladığı karar ve emirler nedeniyle Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olup olmayacağı konusunda bir hüküm bulmadığını belirtmektedir. Kanaatimizce, Cumhurbaşkanı'nın re'sen yaptığı işlemler aleyhine yargı yolunu kapatmak demek, Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunu kabul etmek demektir. Anayasanın 105.maddesindeki metnin açıklığı ve gerekçe metnindeki 'Cumhurbaşkanı'nın sorumluluk getirmeyen kararlardan hangilerini tek başına imzalayarak uygulatabileceği, yani istisnalar, Anayasa'da açıkça belirtilmiştir' ifadesi Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunu vurgulamaktadır<sup>31</sup>.

AKP Genel Başkanı ve dönemin Başbakanı Recep Tayip Erdoğan'ın isteği üzerine Ergun Özbudun ve ekibi tarafından hazırlanan yeni Anayasa Taslağında<sup>32</sup> m.82/f.1, "Cumhurbaşkanı'nı tek başına yapabileceği be-

30. Aynı yönde görüş için bkz. Kemal Gözler, 'Yürütme', <http://www.anayasa.gen.tr/yurutme.htm>, 14.2.2008.

31. Aynı yönde görüş için bkz. İcel – Donay, s.136. Karşıt yönde görüş için bkz. Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C.I, 13.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1997, s.260.

32. 1982 Anayasası'nın 105.maddesine karşılık gelen Yeni anayasa taslağının 82.maddesi aynen şu şekildedir:

'(1) Cumhurbaşkanının Anayasada tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.



lirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır ve bu kararlardan Başbakan ile ilgili Bakan sorumludur” denmektedir. Taslak maddesi, 1982 Anayasasındaki düzenlemeye göre daha sade ve anlaşılır bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ayrıca taslaktaki düzenleme ile, 1982 Anayasası'nın 105.maddesinin 2. fıkrası kaldırılarak, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolu açılmıştır.

Bu hükümler, ilke olarak Cumhurbaşkanı'nın, görev sırasında ve görevi nedeniyle işlediği suçlardan cezai sorumluluğu bulunmadığını belirlemektedir. Ancak, Anayasa m.105/f.3, bu ilkeye istisna getirerek, Cumhurbaşkanı'nın 'vatana ihanetten' sorumluluğunu kabul etmiştir.

### 1- Vatana İhanet Kavramı

'Vatana ihanet' terimi doktrinde tartışmalı olan ve kaynağını Germen hukukundan alan bir kavramdır. Germen hukuk sisteminin izlerini taşıyan hukukların hemen hepsinde devlete karşı suçların teknik anlamda adı 'vatana ihanet suçu' olmuştur<sup>33</sup>.

Mevzuatımızda esas itibariyle, 'vatana ihanet suçu' ismini taşıyan bir suç tipi bulunmamaktadır. İngiliz, Alman<sup>34</sup> ve İsviçre Hukuklarında belirli tip suçlar vatana ihanet olarak tanınmasına karşın mesela Fransa'da olduğu gibi, bizde de vatana ihanetin tam ve açık bir tanımı yoktur. Kanunlar vatan hainliği içeren bazı hareketleri göstermekle yetinmişlerdir<sup>35</sup>.

Yabancı hukuklardaki 'Vatana İhanet' kavramının anlamı 'Yüksek İhanet'tir<sup>36</sup>.

(2) Cumhurbaşkanı, ancak vatana ihanetten dolayı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır. Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer. Hangi fiillerin vatana ihanet suçu oluşturacağı kanunla belirlenir.

(3) Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından doğan sorumluluğu yasama dokunulmazlığı hükümlerine tabidir.'

33. Çetin Özek, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İstanbul, 1970, s.175.

34. Alman hukukunda, vatana ihanet suç tipleri; devletin varlığı, ülkesinin bütünlüğü ve Anayasasına yönelik ihanet suçları olarak üçe ayrılır. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev.:Feridun Yenisey, 2.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2007, s.136.

35. Dönmezer-Erman, s.258-259.

36. İngiliz hukukunda, vatana ihanet suçları adı altında, devletin şahsiyeti aleyhine cürümler yer almıştır. Vatana ihanette, 'high treason' ve 'Petit treason' adı altında ikiye ayrılmıştır. Harris – Palmer, **Criminal Law**, London, 1960, s.73.

## 2- Vatana İhanet Olarak Kabul Edilen Fiillerin Sistemleştirilmesi

Vatana ihanet kapsamına hangi fiillerin girdiği hakkında üç görüş vardır. Bu görüşler şunlardır:

### a) Devlet Başkanı'nın Güçlü Olduğu Ülkelerde Vatana İhanet Suçları

Monarşilerde Devlet Başkanına karşı işlenen suçlar vatana ihanet suçunu oluşturmaktadır. Kralın, Monarkın bu suçu işleyeceği hiç düşünülmemiştir. Bu sistemlerde Monarkla siyasi yapı özdeşleştiğinden, krala karşı suç, devlete karşı işlenmiş 'vatan hainliği' suçu olarak kabul edilmiştir. Bu sisteme, Belçika ve İngiliz hukuklarını örnek gösterebiliriz<sup>37</sup>.

### b) Vatana İhaneti Belirli Bir Suç Tipi Olarak Kabul Eden Kanunlar

Ceza kanunlarında belirli suç tipini 'vatana ihanet' olarak kabul eden sistemde, vatana ihanet suçunun işlenmesi için, ceza kanunlarında belirtilen suçları işlemek gerekir. Bu sisteme örnek olarak Alman Ceza Kanunu gösterilebilir<sup>38</sup>.

### c) Vatana İhanet Suçlarını Tarif Etmeyen Kanunlar

Vatana ihanet kavramı bir tipikliği ifade etmeyen sistemlerde, hangi suçun vatana ihanet suçu oluşturduğu yasalarda açık bir şekilde belirtilmeyen sistemlerdir. İtalyan Anayasası bu sisteme örnektir<sup>39</sup>.

Bizim sistemimizde de, vatana ihanet kavramının kapsadığı suç grubu açık bir şekilde belirtilmemiştir.

## 3- Türk Hukuku Bakımından Vatana İhanet Olarak Kabul Edilen Fiiller

Vatana ihanet sözcüğü ilk defa 29 Nisan 1336 tarih ve 2 numaralı; 'Hiyaneti Vataniye Kanunu'nda kullanılmıştır<sup>40</sup>. Aynı kanuna 26.6.1341

37. Özek, **Devlet Başkanına...**, s.76.

38. Özek, **Devlet Başkanına...**, s.77.

39. Özek, **Devlet Başkanına...**, s.77.

40. Hiyaneti Vataniye Kanunu 1.maddesinde VATAN HAINİNİ şu şekilde tarif etmişti: 'Saltanatın ilgasına ve hukuku hakimiyet ve hükümransininin gayri kabili tecezzi ve ferağ olmak üzere Türkiye halkının mümessili hakikisi olan Büyük Millet Meclisinin şahsiyeti maneviyesinde mündemiç bulunduğu dair 1 Teşrinisani 1338 tarihli karar hilafına veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin meşruiyetine isyanı mutazammın kavlen veya neşriyatta bulunan kesân haini vatan addolunur.' (Dönmezer-Erman, s.259)

tarikh ve 556 sayılı kanunla eklenen bir kanun, dini veya din ile ilgili kutusal şeyleri siyasi amaçlara alet edenlere bu maksatla cemiyet kuranları veya bunlara katılanları ve bu konuda siyasal maksatlı propaganda yapanları vatan haini saymıştır<sup>41</sup>. 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu, 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu tarafından yürürlükten kalktığına göre, bu kanun kapsamına giren suçlar, vatana ihanetin saptanmasında temel alınamayacaktır.

Vatana ihanet suçundan bahseden başka bir yasa, Askeri Ceza Kanununun 3. bölümünün 1.fıkrasının başlığıdır. Bu başlık ihanet adını taşımaktadır. Askerlerin işleyebilecekleri çeşitli suçlar 54-60. maddelerde bu isim altında düzenlenmiştir. Fakat bu suçlar, vatana ihaneti sınırlayan ve tarif eden bir nitelik taşımaktadır<sup>42</sup>. Bu kanun dışında bir Vatana İhanet halinin olamayacağı da belirtilmemiştir<sup>43</sup>.

Vatana ihanet suçundan bahseden bir diğer yasa da, Milli Birlik Komitesi tarafından çıkarılan 6.7.1960 tarih ve 15 sayılı kanundur. 15 sayılı kanun, özü itibarıyla 765 sayılı ETCK'nın 146.maddesini değiştiren ve vatana ihanet suçunun kapsamını genişleterek ETCK'nın 125, 133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163. gibi maddelerini içine alan bir yasadır<sup>44</sup>.

'Vatana İhanet' kavramının kapsamını açıklayan en açık kaynak 'Adalet Divanı' na sevk kararıdır<sup>45</sup>. Bu kararda şöyle denilmektedir: 'Anayasa sadece Devlet Başkanlığının hiyaneti vataniye halinin ne olduğunu belirtmemiştir. Anayasamızda kullanılan hiyaneti vataniye tabiri teknik manada muayyen bir suçun adını ifade etmeyip, muhtelif kanunlarımızda mevcut birçok suçu ihtiva eden genel bir terimdir. Bu boşluğun bir unutmaya veya ihmalden ileri geldiğini düşünmek mümkün değildir. Kanun koyucu, Cumhurbaşkanı'nın vatan hiyaneti halinden ve böylece vatan hiyaneti suçundan sorumlu olduğu esasını vazederken, bu suçu tavsif ve tayin ve bu suça verilecek cezayı tespit etmekten bilerek ve isteyerek kaçınmıştır.<sup>46</sup>

41. Dönmezer – Erman, s.259.

42. Kerse, s.161.

43. Çetin Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK m.146, 151, 168-173)**, İstanbul, İÜHFY, 1967, s.79-80.

44. İçel – Donay, s.138.

45. Faruk Erem, **'Terörle Mücadele Kanunu ve Vatana İhanet'**, İBD, C.:LXV, No:4-5-6, 1991, s.388.

46. Resmi Gazete, 13.7.1960, No:10550

2 sayılı Hıyaneti Vatanîye Kanunu 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı TMK ile yürürlükten kalktığından, 3713 sayılı TMK'da yeralan suçların vatan hainliği teşkil edebileceği hem sistematik ve tarihsel yorum uygulanmak suretiyle hem de önceki kanunun doğurduğu boşluğu kapatma gayesi güttüğü düşünülerek söylenebilir. Ayrıca 1960 tarihli 15 sayılı geçici kanunun 765 sayılı ETCK'daki hangi suç türlerini kapsamına aldığı, Adalet Divanına Sevk Kararını<sup>47</sup> ve günümüzde de konuyu düzenleyen özel bir kanun olmadığını dikkate alacak olursak YTCK'nın dördüncü kısmının dördüncü ve beşinci bölümlerindeki 'Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar' ve 'Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçları' vatana ihanet olarak sayabiliriz<sup>48</sup>.

Bu yüzden, vatan ihanet suçlarının devletin varlığına yönelen, anayasal düzeni zorla devirmeyi veya değiştirmeyi, anayasal, temel organları düşürmeyi, ele geçirmeyi, bunların görevlerini engellemeyi, ülkeyi ve ulusu bölmeyi amaçlayan suçlar olarak anlaşılması gerekir<sup>49</sup>.

Kanaatimizce, tartışmalara yer vermemek ve kanunilik ilkesinin ihlaline mahal vermemek açısından vatana ihanet kavramının içi doldurulmalı, hangi suçların vatana ihanet kapsamına girdiği net bir şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır.

Yeni Anayasa Taslağında m.82/f.2/c.3, 'Hangi fiillerin vatana ihanet suçu oluşturacağı kanunla belirlenir' diyerek çok olumlu bir düzenlemeye imza atılmaya çalışılmıştır. Vatana ihanet suçu, kanunilik prensibi temelinde oturtulmak istenmiştir. Taslağın metninden anladığımız, vatana ihanet suçunu oluşturan fiillerin bir kanun çatısı altında toplanacağıdır. Bu taslağın yürürlüğe girmesi ise, uzun yıllardır süren tartışmalar vatana ihanet suçu bakımından sona erecektir düşüncesindeyiz.

47. Resmi Gazete, 13.7.1960, No:10550.

48. Aynı yönde görüş için bkz. **İçel – Donay**, s.138.

49. Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri I**, Manisa, 1982, s.171. Farklı olarak, Cumhurbaşkanı'nın göreve başlarken içtiği anda aykırı davranış ve eylemlerinin vatana ihanet suçunu oluşturacağına dair görüş de savunulmaktadır. Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde...**, s.219-220. 'Türk vatanının bütünlüğüne, devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçların tamamına vatana ihanet suçu denir.' Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s.96.

#### 4- İtham ve Usulü

Görevi nedeniyle işlediği suçlardan sorumsuz ve fakat 'vatana ihanetten' Anayasa'ya göre sorumlu olan Cumhurbaşkanı'nın işlediği fiilin vatana ihanet sayılıp sayılmaması, fiilin suç teşkil etmesi ve dolayısıyla itham ve yargılama usulü bakımından önem kazanmaktadır<sup>50</sup>.

Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet suçu ile suçlanabilmesi için TBMM'nin üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılması lazımdır. Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetle suçlandırılması usulü TBMM İçtüzüğü'nün 16.5.1996 tarih ve 424 sayılı TBMM kararı ile eklenmiş olan 114.maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa m.105 ve İçtüzüğü'nün 114.maddesini beraber değerlendirirsek, vatana ihanetle suçlandırma usulünü şu şekilde açıklayabiliriz:

##### a) Vatana ihanetle suçlandırma önergesi:

Vatana ihanetle suçlandırma önergesi, TBMM üye tamsayısının en az üçte biri tutarındaki üye tarafından yazılı olarak TBMM Başkanlığına verilir. Önergede, hangi 'ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği' belirtilir. (İçtüzük, m.114/son) Bu hüküm, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin gözetilmesinin bir sonucudur.

İçtüzüğü'nün m.114/f.1 açıkça belirtildiği gibi, sadece görevdeki Cumhurbaşkanı değil, görevden ayrılmış eski Cumhurbaşkanı'ları da vatana ihanetle suçlandırılabilir<sup>51</sup>.

##### b) Görüşme :

Önerge derhal TBMM'nin bilgisine sunulur; suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'na bildirilir ve TBMM'nin bilgisine sunulmasından itibaren yedi gün sonraki birleşimin gündemine alınır. (İçtüzük m.113/2) Bu birleşimde, vatana ihanetle suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı da dinlenir. Suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı, dilerse savunmasını yazılı olarak da gönderebilir. Bu savunma genel kurulda aynen okunur<sup>52</sup>. (İçtüzük m.113/3)

50. Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2.bs., Ankara, Turhan Yayınları, 2006, s.244.

51. Gözler, **'Yürütme'**, par. 145.

52. Gözler, **'Yürütme'**, par.146.

c) Oylama :

Cumhurbaşkanı dinlendikten veya yazılı savunması okunduktan sonra oylamaya geçilir. Oylama Anayasa'da İçtüzükte aksi belirtilmediğine göre 'işaret oyu' ile yapılır. Oylamada Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevkine karar verilebilmesi için, üye tamsayısının dörtte üç çoğunluğu gerekir<sup>53</sup>. (Anayasa m.105/son)

d) Sevk Kararı :

Yüce Divan'a sevk kararında 'hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği' kanunilik ilkesinin gereği olarak belirtilir<sup>54</sup>. (İçtüzük, m.114/son)

Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanı'nı 'vatana ihanet' fiilinden dolayı suçlandıracak, yani Yüce Divan'a sevk edecek makam, TBMM'dir. TBMM'nin, Cumhurbaşkanı'nı, Yüce Divan'a sevk kararı kovuşturmanın açılması kararı mahiyetinde olup<sup>55</sup>, Cumhurbaşkanı'nın kovuşturulmazlığı kaldırılmaktadır<sup>56</sup>.

**5- Yüce Divan'a Sevkedilen Cumhurbaşkanı'nın Görevde Kalıp Kalmayacağı Sorunu**

Cumhurbaşkanı'nın, Yüce Divana sevk edilmesi durumunda görevde kalıp kalmayacağına ilişkin açık bir hüküm yoktur. Konuyla ilgili değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre<sup>57</sup>; göreviyle ilgili suçtan dolayı TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilen bir Bakan'ın, Bakanlıktan düşeceği, Başbakan'ın sevk durumunda ise hükümetin istifa etmiş sayılacağı kabul edildiğine göre, TBMM'nin çok daha büyük bir çoğunluğunun kararıyla ve çok daha ağır bir suçla suçlanan Cumhurbaşkanı'nın göreve devam edebileceği düşünülemez. Bu durumda Anayasa'nın 106.maddesi uyarınca, ayrıca bir karar almaya gerek kalmadan Cumhurbaşkanlığı kendiliğinden boşalmış sayılır ve Anayasanın

53. Gözler, 'Yürütme', par.147.

54. Sabih Kanadoğlu, 'Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu', Cumhuriyet Gazetesi, 27.4.2007.

55. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.245.

56. Kanadoğlu, par.3.

57. **Dönmezer-Erman**, s.259; **Tanör-Yüzbaşıoğlu**, s.316; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 9.bs, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.318.

102.maddesindeki süreler işlemeye başlar. Yeni Cumhurbaşkanı seçilinceye kadar TBMM Başkanı'nın Cumhurbaşkanlığı'na vekalet etmesi ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanması gerekir. Yüce Divan beraat kararı verse de, suçlandırılan Cumhurbaşkanı'nın görevine dönemeyeceği kabul edilir.

Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe göre<sup>58</sup>, Anayasa'nın 106.maddeinde Cumhurbaşkanı'nın geçici olarak görevden ayrılması ya da başka sebeplerle makamın boşalması halinde TBMM Başkanı'nın Cumhurbaşkanlığı'na vekalet edeceği bildirilmiştir. Bu düzenleme, Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'da yargılanması durumunda, onu görevden çekilmeye zorlayacak açıklığı taşımamaktadır. Hükümde yer alan 'başka bir sebep' deyimini AYM'nde yargılamayı içerecek kadar geniş tutmamak gerekir. Buradaki başka sebepten amaç, maddede sayılan sebeplere benzeyen durumlar olarak anlamak gerekir. Yoksa AYM'nde yapılan yargılamayı buraya uygulamak mümkün değildir. Ayrıca AYM'nin vereceği kararı beklemeksizin makamın boşaldığını varsayıp, yeni Cumhurbaşkanı'nı seçmek, hem mevcut Anayasa'nın metni, hem de hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmaz. Kimse kesin olarak mahkum edilmeden suçlu kabul edilemez. Ayrıca, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten dolayı suçlandırılmasının siyasi yönünün ağır bastığı da bir gerçektir. Kaldı ki, suçlamaya rağmen, Cumhurbaşkanı'nın beraat etmesi halinde, yine de boşalma var sayılacak mıdır?<sup>59</sup> Tartışmalara son vermek ve ortadaki belirsizliği kaldırmak amacıyla, Anayasa değişikliği suretiyle boşluğun doldurulması gereklidir. Aksi takdirde, bu boşluğun mevcut hükümler dikkate alındığında doldurulması mümkün değildir. Kanadoğlu, yargılama sırasında, Cumhurbaşkanı'nın kendiliğinden istifa etmemesi halinde, Anayasa Mahkemesi'ne, Cumhurbaşkanı'nı, görevini yerine getirmekten alıkoyabilecek geçici bir tedbir alma yetkisinin tanınması görüşündedir<sup>60</sup>.

Yeni Anayasa Taslağında m.82/f.2/c.2, Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona ereceğini düzenlemektedir. Yani Özbudun'un da taraftar olduğu görüşe göre bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemenin olumlu tarafı, mevcut hükümler dikkate alındığında bir

58. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.246; İçel-Donay, s.139.

59. İçel-Donay, s.139.

60. Kanadoğlu, par.3.

boşluğu gidermekte olmasıdır. Olumsuz tarafı ise hukukun genel ilkeleri ve ceza hukukunun temel prensipleri ile bağdaşan bir hüküm olmamasıdır. Öncelikle, yeni Anayasa taslağındaki bu hüküm, 'masumiyet karinesi'nin ihlal edildiğinin açık bir şekilde ispatıdır. Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona ermesi, yargılama sonunda beraat etse bile bir daha seçilemeyeceği anlamına da gelmektedir. Yani bu hükümdeki yeni düzenleme ile, Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygıya verilen önem arttırılırken, ceza hukukunun temel prensiplerinden ödün verilmesi doğru olmamıştır. Ayrıca, 1982 Anayasamızın 106.maddesindeki Cumhurbaşkanı'nın geçici olarak görevden ayrılması ya da başka sebeplerle makamın boşalması halinde TBMM Başkanı'nın Cumhurbaşkanlığı'na vekalet edeceği yeni Anayasa taslağının 83.maddesine de aynen alınmıştır. Yeni taslaktaki düzenlemede 'başka bir sebeple' deyimini tekrarlanarak, AYM'nde yargılamayı içerecek kadar geniş tutulmuştur.

#### **6- Yüce Divan'da Yargılama ve Usulü**

Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten suçlandırılması durumunda, Cumhurbaşkanı'nı yargılayacak makam, Yüce Divan sıfatıyla AYM'dir. (Anayasa m.148/f.3) Yüce Divan'da savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcı Vekili yapar. (Anayasa m.148/f.4) Cumhuriyet Başsavcı yardımcılarında bir veya birkaçı da Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı Vekiliyle birlikte duruşmaya iştirak edebilir. (AYMKYUK m.36/f.1/c.2)

Yüce Divan kararları kesindir. (Anayasa m.148/f.5)

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı işlerde izleyeceği usul, 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 35 ila 40.maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. (AYMKYUK m.35/f.1)

Yüce Divan'da sorgusu yapılmış olan sanığın duruşmada hazır bulunmaması kamu davasının sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez. Sanığın müdafisi ise her zaman duruşmada hazır bulunabilir. (AYMKYUK m.37)

Yüce Divan'da sanığın sorguya çekilmesi sırasında, üyeler ve Cumhuriyet Başsavcısı, Başkan'ın izni ile sanığa soru sorabilirler. (AYMKYUK m.38)



Başkan, Yüce Divan'daki duruşmanın gerektirdiği durumlarda Devlet kurum ve kuruluşlarına ait araç, gereç, stenograf ve teknik personelden yararlanmak için istemde bulunabilir. Bu istemler, ilgili makamlarca hemen yerine getirilir. (AYMKYUK m.39)

Duruşma celseleri, Başkan'ın uygun göreceği teknik araçlarla kaydolunabilir. Bu kayda göre düzenlenen tutanaklar Başkan ile zabıt katibi tarafından imzalanır. (AYMKYUK m.40)

### **C. Cumhurbaşkanı'nın Kişisel (Adi) Suçlarından Sorumluluğu ve Kovuşturulması**

#### **1- Kişisel Suçlarından Sorumlu Olup Olmadığı Meselesi**

Anayasamızın, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından kaynaklanan sorumluluğu konusunu açık bir şekilde düzenlememesi, konunun tartışılmasını ve dolayısıyla doktrinde çeşitli görüşlerin ortaya atılması sonucunu doğurmuştur. Cumhurbaşkanı'nın suç işlemesi pratikte pek olası olmasa da, konunun düzenlenip açıklığa kavuşturulması gereklidir. Anayasa'da bu konuda bir açıklığın bulunmaması, Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygıya dayandırılmıştır.

1924 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumlu olacağına, bunun için de milletvekili dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair kural yer almıştır. (m.41/2) Bu Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili olmayan adi bir suç işlediği takdirde dokunulmazlığı düşecek ve genel mahkemelerde yargılanabilecektir.

1924 Anayasasındaki bu hüküm, 1961 ve 1982 Anayasalarına alınmamıştır. Şüphesiz, bu Anayasalara göre Cumhurbaşkanı seçilen kişinin TBMM üyeliği sıfatının sona erecek olması (1961 Ay. m.95/son, 1982 Ay m.101/4), böyle bir hükmün bu Anayasalar'da bulunmasını manasız kıldı<sup>61</sup>.

Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlardan sorumluluğuna ilişkin doktrinde iki görüş vardır. Bunlardan biri, Cumhurbaşkanı'nın mutlak sorumsuzluğuna dayanan görüştür. Bu görüşe göre<sup>62</sup>, 1924 Anayasası'nın 41.maddesinin 2.fıkrası kıyasen uygulanamaz. Çünkü Cumhurbaşkanı seçilen

61. Centel-Zafer-Çakmut, s.150.

62. İlhan Arsel, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları I**, Ankara, 1965, s.390.

üyenin, milletvekilliği sıfatı sona erer ve milletvekillerine bahşedilmiş olan dokunulmazlık zırhından faydalanamaz. Bu, Cumhurbaşkanı'nın adi suçlarından kovuşturulabileceği anlamına gelir. Fakat, daha aşağı bir statüde olan milletvekillerine tanınan dokunulmazlığın, çok daha yüce bir makam olan Cumhurbaşkanı'na tanınmaması mümkün değildir. Bu bakımdan, Cumhurbaşkanı'nın adi suçlar bakımından mutlak sorumsuzluğunu kabul etmek gerekir<sup>63</sup>.

Bu konudaki baskın ve bizim de iştirak ettiğimiz görüş ise, Cumhurbaşkanı'nın işlediği kişisel suçlardan sorumluluğunu kabul eden görüştür. Bu görüş, Ay. m.105'in metninin karşıt anlamından hareket edilerek ulaşılmış olan görüştür. Sözkonusu madde, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet dışında görev suçlarından sorumlu olmadığını belirtmektedir. Bunun karşıt anlamından ise, Cumhurbaşkanı'nın görevine girmeyen konularda işlediği suçlarından, yani adi suçlarından sorumlu olacağı sonucu çıkar<sup>64</sup>.

## 2- Kişisel Suçlarından Ötürü Kovuşturulması ve Usulü

Bir diğer tartışmalı konuda, Cumhurbaşkanı'nın adi suç işlemesi durumunda nasıl kovuşturulacağıdır. Bu konudaki görüşler şu şekildedir:

Bir görüşe göre<sup>65</sup>, Anayasa'nın milletvekilleri ve dışardan atanan Bakanlara tanıdığı dokunulmazlığın, her halde Cumhurbaşkanı için de uygulanacağını, dolayısıyla, Anayasa'nın 83.maddesinin tatbikini savunan görüştür. Bu kurum, milletvekillerine tanınan dokunulmazlığın kıyas yoluyla Cumhurbaşkanı'na uygulanmak istenmesi ve Anayasa'da yer almayan dokunulmazlık kurumunun Cumhurbaşkanı'na uygulanmak istenmesinden dolayı eleştirilmektedir<sup>66</sup>. Gerçekten de, Anayasa'nın 112.maddesinin 4.fıkrası Meclis dışından atanacak Bakanların tabi oldukları hukuki statüyü açıkça düzenlemiştir. Anayasa koyucu Cumhurbaşkanı için böyle bir düzenleme yapmak isteseydi, bunu 1924 Anayasasının 24.maddesinin 2.fıkrasında olduğu gibi belirtme yolunu seçerdi. Oysa 1961 ve 1982 Anayasaları Cumhurbaşkanı için böyle bir hüküm getirmemişlerdir. Öte yandan, 1982 Anayasası'nın Geçici 2.maddesinde

63. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.247-248.

64. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.248.

65. Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.317; Özbudun, s.317, Timur Demirbaş – Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları**, Ankara, 2001.

66. Kanadoğlu, par.7.

Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyelerine tanınan dokunulmazlık mevcut Cumhurbaşkanı için geçerli değildir<sup>67</sup>.

Başka bir görüşe göre ise<sup>68</sup>, nasıl ki Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten kovuşturulması için TBMM kararına gereksinim varsa, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından kovuşturulabilmesi için aynı şekilde TBMM'nin kararına ihtiyaç vardır. Bu görüşte, görevi nedeniyle işlediği suçlardan sorumsuzluğu kabul edilen Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet suçundan dolayı yargılanabilmesi için getirilmiş bir hükümdür. Kıyasen Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarına uygulanması doğru değildir. Bu düşüncenin bir an için doğru olduğunu düşünürsek, TBMM kararından sonra Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanması gerekecektir. Burada, Yüce Divan'ın yetkili olduğunu söylememize de imkan yoktur. Ay. m.148/f.3 açıktır. Yüce Divan, Cumhurbaşkanı'nı görevi nedeniyle yargılar denmektedir. Dolayısıyla bu görüşe katılma olanağı da yoktur.

Üçüncü bir görüş<sup>69</sup>, Anayasa'da herhangi bir düzenleme olmadığı için Cumhurbaşkanı hakkında, sade bir vatandaş veya dokunulmazlığı kaldırılmış milletvekili gibi işlem yapılması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce, devletin en baş kademesini oluşturan ve saygı duyulan bir makam olan Cumhurbaşkanı'nın, her vatandaş gibi kovuşturulacağını düşünmek makama duyulan saygıyı azaltacaktır. Ayrıca daha aşağı statüdeki Bakanların, yasama dokunulmazlığından yararlanması, daha yukarıdaki bir makam olan Cumhurbaşkanı'nın korumasız bırakılması Devlet Başkanı'nın geleneksel ve tarihi statüsü ile bağdaşmayacağı gibi, hayatın olağan akışına da aykırıdır görüşündeyiz.

Nihayet bizim de iştirak ettiğimiz fikre göre<sup>70</sup>, Cumhurbaşkanı kişisel bir suç işlemesi halinde, görev süresi içinde bir yargı organına çıkarılmayacak, ancak görev süresi sonunda yargılanabilecektir. Böylece Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygı korunacak, adi suç iddiaları ile Cumhurbaşkanlığı makamı görev süresince taciz edilmeyecek, diğer yandan böyle bir suç işlenmiş ise, bu suç müeyyidesiz kalmayacaktır.

67. Yusuf Yaşar – Emrah Kırt, **Cumhurbaşkanının Siyasi ve Hukuki Sorumluluğu**, Cumhuriyet Gazetesi, 19.1.2007, par.7.

68. Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun...**, s.335, Centel-Zafer-Çakmut, s.150.

69. Kanadoğlu, par.13.

70. Aynı doğrultuda görüş için bkz., Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.249; İçel-Donay, s.141;

### 3- Yeni Anayasa Taslağı ile Getirilen Düzenleme

Şüphesiz, bu tür farklı düşüncelerin oluşmasının nedeni, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumluluğu ve kovuşturulmasına ilişkin açık bir hükmün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden, Anayasa'da bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılması gereklidir.

Yeni Anayasa Taslağının, 'sorumluluk ve sorumsuzluk hali' başlığını taşıyan 82.maddesinin 3.fıkrası Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından doğan sorumluluğunu 'yasama dokunulmazlığı'<sup>71</sup> hükümlerine tabi tutmaktadır. Kanaatimizce bu konunun açıklığa kavuşturulacak olması olumlu bir düzenleme olarak görünmekteyse de, Cumhurbaşkanı ile daha aşağıda bir statüye sahip milletvekillerine uygulanacak hükümlerin aynı olması, Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygıyı azaltacağı gibi, Cumhurbaşkanlığı makamının bünyesine de aykırılık teşkil edecektir.

Öncelikle, Anayasamızın 101/4. maddesini, yeni Anayasa taslağının 78/f.4. maddesi tekrarlamıştır. Madde aynen şöyledir: 'Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyesi sona erer.' TBMM üyesi sona erecek Cumhurbaşkanı'nın, milletvekillerinin yararlandığı yasama dokunulmazlığına tabi olması düşünülemez. TBMM üyesinin bünyesine uygun olan yasama dokunulmazlığı, Cumhurbaşkanlığı makamının bünyesine uymayacaktır. Keza, dokunulmazlığın kaldırılması konusunda uyulması gereken ilkeler ne mevcut Anayasa'da ne de taslakta düzenlenmediğinden ve hangi suçlarda dokunulmazlığın kaldırılacağı Meclis'in takdirine bırakılmışken, böyle bir düzenlemenin Cumhurbaşkanı'na uygulanması akıl alır gibi değildir. Ayrıca, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı yasama dokunulmazlığının kaldırılması sözkonusu olacak mıdır? Yasama dokunulmazlığı kalkarsa, bunun Cumhurbaşkanı için ne gibi sonuçları olacaktır? Bunun gibi yüzlerce soru sorulabilir. Kanaatimizce, Cumhurbaşkanlığı bünyesine aykırı olan bu düzenlemeden vazgeçilmesi gereklidir.

---

71. 'TBMM Millet Meclisi üyeleri, bu sıfatları dolayısıyla, haklarında ceza soruşturmasına ilişkin bazı işlemlerin hemen yapılmaması ayrıcalığına sahiptir. Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclis'in kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamaz. Bunun üç istinası vardır: 1) Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin bulunması, 2) Seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak koşuluyla, Ay. m.14'deki durumların sözkonusu olması 3) Meclis tarafından dokunulmazlığın kaldırılması'

## D. Cumhurbaşkanı Seçilmeden Önce İşlenen Suçlardan Sorumluluk

### 1- Önceki Göreviyle İlgili ve O Görevi Sırasında İşlenen Suçlardan Sorumluluk

Cumhurbaşkanı seçilmeden önceki göreviyle ilgili ve o görevi sırasında işlenen suçlar konusunda Anayasa'da açık bir hüküm yoktur. Mevcut düzenlemeye göre çıkartacağımız sonuç, önceki görevin gerektirdiği soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olmasıdır<sup>72</sup>.

Bunun yanında Kanadoğlu'na göre; İçtüzük m.107/1 maddesi uyarınca görevinden ayrılmış Başbakan ve Bakanlar hakkında da Meclis soruşturması hükümlerinin uygulanacağını belirtmesi, Cumhurbaşkanı seçilen ve dolayısıyla görevinden ayrılan bir Başbakan ve Bakan'ın, Başbakanlığı ve Bakanlığı döneminde işlemiş olduğu göreviyle ilgili suçların soruşturulabilmesi için TBMM üye tamsayısının onda birinin soruşturma önergesi vermesi gerekmektedir. Yüce Divan'a sevk kararı için ise TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyu yeterlidir<sup>73</sup>. (Ay.m.100)

Kanaatimizce, Anayasamız Cumhurbaşkanlığı makamına getirilecek kişinin, bu tür suçlara karışmış biri olacağını tahmin edip, düşünmediğinden böyle bir hüküm getirmemiştir<sup>74</sup>. Ama doğru olan, Anayasa'da bu konudaki boşluğun doldurulması gerektiğidir. Mesela mevcut Anayasa'nın 101.maddesinin 1.fıkrasında sayılan Cumhurbaşkanı'nın niteliklerine, önceki görevi ile ilgili suçlar bakımından itham edilmemiş olmak gibi bir kural dahil edilebilir. Böylece bu suçlardan itham edilenlerin bu önemli makama gelmesi de önlenmiş olur. Bunun yanında, Cumhurbaşkanı seçilmeden önce görev nedeniyle işlediği suçlardan, zamanaşımının işlemediği kabul edilerek, görev süresinin sonunda bu suçlardan yargılanması da bir çözüm yolu olarak düşünülmelidir. Cumhurbaşkanlığı makamının saygın bir makam olduğu unutulmayıp, ona ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır.

Yeni Anayasa taslağı, bu konuda bir hüküm getirmemektedir.

72. Kanadoğlu, par.15.

73. Kanadoğlu, par.15.

74. Kanadoğlu, par.1.

## 2- Önceki Kişisel Suçlarından Sorumluluk

Cumhurbaşkanı seçilmeden önce işlemiş olduğu kişisel suçlarda ise Anayasada ve İçtüzükte bir hüküm yer almamaktadır. Kanaatimizce, bu konuda bir düzenleme yapılarak Cumhurbaşkanı seçilmeden önceki kişisel suçlardan, zamanaşımının işlemediği kabul edilerek, görev süresinin sonunda bu suçlardan yargılanması bir çözüm yolu olarak düşünülmelidir.

Yeni Anayasa taslağında, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından doğan sorumluluğu yasama dokunulmazlığı hükümlerine tabidir denmektedir. Yasama dokunulmazlığı kapsamına, seçimden önce veya sonra işlendiği ileri sürülen suçlar girmektedir. Bu nedenle, suçun niteliği, hükmedilen veya öngörülen cezanın ağırlığı önemli değildir. Cumhurbaşkanı, seçilmeden önceki kişisel suçlarından yeni Anayasa taslağına göre dokunulmazlık zırhını giyecektir. Anayasa taslağına 60.maddesinin 2.fikrasına göre, *'Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Milletvekili hakkında seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, milletvekilliği sıfatının sona ermesine bırakılır ve milletvekilliği süresince zamanaşımı işlemeyebilir. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.'* Bu hükmü Anayasa taslağına 82.maddesinin 3.fikrası atfıyla Cumhurbaşkanı'na uyguladığımızda, Cumhurbaşkanı seçilmeden önceki kişisel suçlarından sorumsuz olacak, görevi süresince zamanaşımı işlemeyecek, önceki kişisel suçlarının infazı ve kovuşturulması görev süresi bittikten sonraya bırakılacaktır.

## E. Cumhurbaşkanı'nın Milletlerarası Hukuktan Doğan Cezai Sorumluluğu

Devlet başkanları tanınan imtiyaz ve muafiyetlerden en önemlisi, yargı muafiyetidir. Bunlar ister resmi bir ziyaret için<sup>75</sup>, ister şahsi amaç-

75. Çelik, Başkan'ın ziyaret gezisini, incognito ya da resmi ziyaret olarak ikili bir ayırma tabi tutmuştur. Resmi ziyaret, bir görev gezisidir. Bu nedenle de bir çeşit gezi yapan Devlet Başkanı görevle yurtdışında bulunuyor sayılır. Incognito gezi ise, Başkan'ın Başkanlık sıfatını kullanmadan Başkanlık kimliğini belirtmeden yaptığı özel gezidir. Edip F.Çelik, **Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap**, İstanbul, Filiz Yayınları, 1987, s.328.

larla yabancı bir devlet ülkesinde bulunsunlar, ülke devleti Devlet Başkanı üzerinde yargı yetkisini kullanamaz. Bu ilke, ceza davaları bakımından mutlak şekilde kabul edilmiştir<sup>76</sup>. Diğer bir deyişle, birbirine tabi olmayan eşit devletler arasında yargı yetkisi olmadığından, ülke devletinin mahkemelerinde Devlet Başkanı yargılanamaz<sup>77</sup>.

Devlet Başkanlarının suç işlemleri daha çok varsayım çerçevesinde kalmasına rağmen, bulunduğu ülke ceza kanunlarının uygulanmasını gerektiren bir fiil işleyen Devlet Başkanı yargılanamaz<sup>78</sup>. Yani, yargı muafiyeti kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bir başka yönden –savaş suçlarıyla ilgili olarak- Devlet Başkanı'nın ceza sorumluluğunun sözkonusu edildiği görülmüştür. Versailles Andlaşması'nın 227. maddesinde, Alman İmparatoru II. Wilhelm, uluslararası ahlak ve 'andlaşmaların kutsal otoritesine aykırı davranmakla' suçlandırıldığı gibi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulmuş Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nün 7.maddesinde şöyle denilmekteydi: 'Bir sanığın Devlet Başkanı ya da .... Bakan oluşu .... ne sorumluluktan kurtulmasına ne de cezanın kısıtılmasına yol açar.'<sup>79</sup>

Devlet Başkanı, yabancı ülkede istediği şekilde hareket edemez. Bulunduğu ülkenin güvenlik ve şerefini ihlal eden Devlet Başkanı, yargılanıp cezalandırılmasa da ülkeyi terk etmeğe davet olunur<sup>80</sup>. Ancak bunu yaparken ülke devleti nezaket ve saygı kurallarını elden bırakmamalıdır<sup>81</sup>.

## SONUÇ

İktidarın sınırlandırılması mücadelesinde en çok engel teşkil eden bundan dolayı tarih boyunca hedef olmaktan kurtulamayan Devlet Başkanı, günümüz modern Devletlerinin de vazgeçemediği ve fakat sürekli kontrol altında tutmak zorunda kaldığı başta gelen bir devlet kurumu olmuştur. Bu yüzden, Devlet Başkanları'nın hukuki, siyasi ve cezai sorumluluklarının belirlenmesi her dönemde zorluk yaratmış, tartışılmış ve çeşitli eleştirilerin hedefi olmuştur.

76. Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi**, 5.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1996, s.398.

77. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.250.

78. Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, C.:II, 4.bs., Ankara, 1975, s.8.

79. İlhan Lütem, **Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk**, Ankara, 1951, s.114.

80. Zeki Mesud Alsan, **Yeni Devletler Hukuku**, C.:I, 2.bs., İstanbul, 1955, s.545.

81. Çelik, s.499.

Konumuz olan 'Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu' konusu da uzun yıllardan beri tartışılan, üzerinde çok oynanan hükümlerden birisidir. Her Anayasa değişikliğinden sonra üzerinde mutlaka konuşulmuş ve tartışılmıştır. Yukarıda açıkladığımız ve görüşlerimizi belirttiğimiz noktaları burada tekrarlamak istemiyoruz. Ama genel hatları ile üzerinde özellikle durulması gereken ve önemli noktaları burada belirtmek amacındayız.

1982 Anayasasındaki, Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu üzerinde tartışılan ve boşluk olan noktaların çok olması, bu hükmün yeniden düzenlenmesini gerektirmektedir. Mutlaka madde tekrardan ele alınmalı, parlamenter rejimin özellikleri de göz önünde tutularak yeniden düzenlenmelidir. Bu düzenleme yapılırken Cumhurbaşkanlığı kurumunun saygınlığı, Hukukun Genel İlkeleri, Hukuk Devleti İlkesi, Ceza ve Anayasa Hukukunun temel prensipleri (özellikle Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi, Masumiyet Karinesi) göz önüne alınarak madde üzerinde değişiklik yapılmalıdır.

Şu anki 1982 Anayasası'ndan anlayışımız, 'Vatana İhanet' tabiri belirli bir suçun adını ifade etmeyip, muhtelif kanunlarımızda mevcut birçok suçu ihtiva eden genel bir terimdir. Bu boşluğun, bir unutmaya veya ihmalden ileri geldiğini düşünmek mümkün değildir. Kanun koyucu, Cumhurbaşkanı'nın vatan ihaneti halinde ve böylece vatan ihaneti suçundan sorumlu olduğu esasını vaaz ederken, bu suçu tavsif ve tayin ve bu suça verilecek cezayı tespitten bilerek ve isteyerek kaçınmıştır. Mevcut 1982 Anayasası hükümleri doğrultusundaki anlayışımız bu yöndedir. Fakat bu karışıklığa bir son vermek açısından, Vatana İhanet Suçları tanımlanmalı ve hangi fiillerin vatana ihanet teşkil ettiği kanunilik prensibi çerçevesinde açıkça belirtilmelidir.

Yeni Anayasa Taslağı, hangi fiillerin vatana ihanet suçu oluşturacağı kanunla belirlenir demektir. Çok sevindirici bir gelişmedir. Demek ki, bu suçların tanımlanacağı ve hangi fiillerin vatana ihanet suçu teşkil edeceği 'kanunilik ilkesi' ışığında gösterilecektir. Uzun yıllardan beri devam eden vatana ihanet suçu konusundaki bu tartışmalar bu hüküm ile son bulacağına benzemektedir.

Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumluluğu, yürürlükteki Anayasamızda düzenlenmemiştir. Kişisel suçlarından sorumlu olmadığını biz, Ay. m.105'in metninden anlamaktaydık. Örtülü bir şekilde de olsa



bu durum anlaşılmaktaydı ve bu konuda doktrinde de fikir birliği vardı. Yeni Anayasa taslağı, Taslağın 82.maddesinin 3.fıkrasında, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlardan sorumluluğunu düzenleyen bir madde getirmek istemektedir. Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlardan sorumluluğunu yasama dokunulmazlığına bağlayan bu hüküm, kanaatimizce Cumhurbaşkanı makamının bünyesine tam oturmadığı için değiştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Bunun dışında yeni Anayasa taslağı ile getirilmek istenen bir diğer yenilik, Cumhurbaşkanı'nın re'sen imzaladığı emir ve kararlar aleyhine yargı mercilerine başvurulamayacağı kuralının kaldırılmasıdır. Bu taslağın yürürlüğe girmesi durumunda, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler yargı denetimine tabi olacaktır.

Bunun dışında, yeni Anayasa taslağı, Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevi sona ere diyerek, kanaatimizce masumiyet karnesini ihlal etmiş, mevcut Anayasa'nın 106. maddesindeki 'başka bir sebeple' ibaresinin anlamı genişletilmiştir.

Yeni Anayasa Taslağı ile getirilmek istenen bu değişiklikler yanında, Ay.m.105'te aynı bırakılan hususlar da mevcuttur. Mesela maddenin başlığı aynı bırakılmış, mevcut Anayasa'nın 105.maddesinin 1.fıkrası korunmuştur. Cumhurbaşkanı, mevcut Anayasa'daki gibi vatana ihanet dışında görev yönünden sorumsuz bırakılmıştır.

Kanaatimizce, yeni Anayasa taslağı da, Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğunu tam anlamıyla çözebilecek bir yapıda değildir. Yukarıda eleştirilerimiz dikkate alınarak yeni bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

### KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, (Ders Notları)**, 4.bs., İstanbul, İÜ Yayınları, 1982.
- Aldıkaçtı Orhan, **Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı**, İstanbul, 1960.
- Alsan, Zeki Mesud, **Yeni Devletler Hukuku**, C.:I, 2.bs., İstanbul, 1955.
- Arsel, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları I**, Ankara, 1965.
- Artuk Mehmet Emin, Ahmet Gökçen Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 2.bs., Ankara, Turhan Yayınları, 2006.
- Centel Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 4.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- Çelik Edip F., **Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap**, İstanbul, Filiz Yayınları, 1987.
- Demirbaş Timur, Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Hukuku Pratik Çalışmaları**, Ankara, 2001.
- Dönmezer Sulhi, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**,C.:I, 13.bs, İstanbul, Beta Yayınları, 1997.
- Erem Faruk, **‘Terörle Mücadele Kanunu ve Vatana İhanet’**, İBD, C: LXV, No: 4-5-6, 1991, s.386-389.
- Erenler Arslan, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı**, İÜSBE (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1988.
- Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 4.bs., Bursa, Ekin Yayınları, 2007
- Gözler Kemal, **‘Yürütme’**, <http://www.anayasa.gen.tr>, 14.02.2008.
- Harris – Palmer, **Criminal Law**, London, 1960.
- İçel Kayıhan, Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap**, 6.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- İzgi Ömer, Zafer Gören, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, C:II, 2.bs., Ankara, TBMM Matbaası, 2002.
- Jescheck, Hans-Heinrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev. Feridun Yenişey, 2. bs.,İstanbul, Beta Yayınları, 2007.
- Kanadoğlu Sabih, **‘Cumhurbaşkanı’nın Cezai Sorumluluğu’**, Cumhuriyet Gazetesi, 25.04.2007.
- Kerse Ahmet, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, İstanbul**, Sümer Matbaası, 1973.
- Kılıç Fethi, **‘1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı’nın Görev ve Yetkileri’**, İÜSBE (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1988.

- Kubalı Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimleri**, İstanbul, 1971.
- Lütem İlhan, **Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk**, Ankara, 1951.
- Meray Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, C.:II, 4.bs., Ankara, 1975.
- Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 9. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- Özek Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK m.146-151, 168-173)**, İstanbul, İÜHFY, İstanbul, 1967.
- Öztürk Bahri, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.
- Sezer Abdullah, **1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Soyaslan Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3.bs., Ankara, Yetkin Yayınları 2005.
- Tanör Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- Teziç Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 9.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Toluner Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi**, 5.bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1996.
- Yaşar Yusuf, Emrah Kırıt, '**Cumhurbaşkanlarının Siyasi ve Hukuki Sorumluluğu**', Cumhuriyet Gazetesi, 19.01.2007.
- Yayla Yıldızhan, **Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri**, İstanbul, 1982.
- Yüce Turhan Tufan, **Ceza Hukuku Dersleri I**, Manisa, 1982.
- Yüzbaşıoğlu Necmi, **Parlamentar Rejimlerde ve Türkiye'de Yürütme Kuvveti**, İstanbul, 1986.

## Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu\*

M. Serhat Kaşıkara\*\*

### ÖZET

<Devletin başı> sıfatına haiz olan Cumhurbaşkanının bulunduğu konum dolayısıyla sahip olduğu önem ve bu konum dâhilinde elinde bulundurduğu birtakım önemli görev ve yetkileri kapsamında Cumhurbaşkanı, bazı sorumluluklara tabi tutulmuştur. Doğaldır ki her yetki, bir yükümlülük ve sorumluluk gerektirir-getirir. Cumhurbaşkanı açısından sahip bulunulan işte bu yüksek yetkilere bağlı olarak, Cumhurbaşkanının bazen sorumluluğuna, bazen de sorumsuzluğuna (sorumlu olmadığı durumlara) gidilmiştir. Bunun nedeni, Devletteki yeri bakımından kilit ve de en önemli stratejik noktada bulunan Cumhurbaşkanının, Devlet açısından kayda değer niteliği, önemi ve de vazgeçilemezliğidir. Çalışmamız, bu belirlemeler doğrultusunda, Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğunu ele alıp değerlendirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanı; cezaî sorumluluk; vatana ihanet (yüksek ihanet); vatana ihanet davası; Yüce Divan; sorumluluk; sorumsuzluk; kamu hukuku; ceza hukuku; cezaî usûl.

### ABSTRACT

The President who holds the title of <Head of the Government> within the position and importance he has is put through some amenabilities in the scope of certain significant missions and authority which he has on account of the position he holds. Naturally, every authority requires liability and amenability. Depending on this eminent authority which the President holds, he is sometimes assigned with liability, and sometimes non-liability (in the cases that he is not responsible for) as the President. The reason of this is the noteworthy attribution, significance and most importantly the indispensability character of the President who is in the most important strategic and key point in terms of his position in the government. Our study is discussing and evaluating the criminal liability of the President in accordance with these designations.

\* ELSA (European Law Students'Association) Avrupa Genç Hukukçular Derneği İstanbul Şubesi tarafından, Şubat 2008 yılında düzenlenen "Prof.Dr.UĞUR ALACAKAPTAN - II. Makale Yarışması"nda, <üçüncülük ödülü> kazanan makale.

\*\* Konya Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. sınıf öğrencisi.

**Keywords:** President; criminal liability; high treason; Supreme Court; suit of king's peace; liability; nonliability; public law; criminal law; criminal procedure.

#### AUSZUG

Der Präsident, der den Titel innerhalb der Position und dem Wert er hält, hat wird hindurchgeführt durch etwas Zugänglichkeiten in den Bereich bestimmter bedeutender Aufträge und Berechtigung, den er wegen der Position hat, die, er hält. Natürlich erfordert jede Berechtigung Haftung und Zugänglichkeit. Abhängig von dieser hervorragenden Berechtigung, die der Präsident hält, wird er manchmal mit Haftung und manchmal Nichthaftung (in den Fällen, daß er nicht für verantwortlich ist), als der Präsident zugewiesen. Der Grund von diesem ist die bemerkenswerte Zuerkennung, Bedeutung und am wichtigsten der Unentbehrlichkeitbuchstabe des Präsident, der im wichtigsten strategischen und im springenden Punkt in seiner Position in der Regierung ausgedrückt ist. Unsere Studie ist, auswertend besprechend und die kriminelle Haftung des Präsident in Übereinstimmung mit diesen Kennzeichnungen.

**Schlüsselwörter:** Präsident; kriminelle Haftung; hoher Verrat; Höchstes Gericht; Klage von king' s-Frieden; Haftung; Nichthaftung; öffentliches Recht; Strafrecht; kriminelles Verfahren.

*“Hiçbir suçlu kendi öz mahkemesinde  
(vicdanında) beraat edemez.”*

JUVENAL

#### GİRİŞ

Bilindiği üzere, cumhuriyet rejimi öncesinde var olan Osmanlı İmparatorluğu'nda, devletin başını Padişah çekmekteydi ve bu usûl, batıdaki monarşilere benzemektedir. Ülkemizde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurulması ve cumhuriyet rejiminin benimsenmesiyle birlikte, devletin başkanı ve devleti temsildeki en üst makam olarak **<Cumhurbaşkanlığı>** kurumu ortaya çıkmıştır.

Ülkemizde, cumhuriyet rejiminin benimsenmesiyle birlikte, egemenlik yetkisi padişahattan alınıp halka verilmiş ve halk da bu yetkisini; Yasama, Yürütme ve Yargı erkleri vasıtasıyla kullanır hale gelmiştir (AY md.6-7-8-9). Egemenlik yetkisinin kullanılmasındaki bu üçlü ayırım, erkler arasındaki bir *üstünlük* olarak tanınmamıştır; bilakis her bir erkin, diğerine karşı bir üstünlüğü yoktur.

İnceleme konumuzu oluşturan Cumhurbaşkanı, bahsedilen erklerden, yürütme erkinin içerisinde bulunmakta ve de yürütme erkinin başını temsil etmektedir.

## CUMHURBAŞKANLIĞI MAKAMI VE YÜRÜTME İÇERİSİNDEKİ KONUMU

### I. CUMHURBAŞKANLIĞI MAKAMI

Cumhurbaşkanlığı makamını incelemeden önce bir ayırım yaparak genel olarak yürütme organının yapısını incelememiz yerinde olur.

#### A. Yürütme Organının Yapısı

Günümüzün demokrasilerine genel olarak bakıldığında yürütme organı, yapısı bakımından iki ana tipe ayrılabilir:<sup>1</sup>

#### 1- Monist (Tekçi / Tekçil / Tekel) Yürütme

Bu sistemde yürütme yetkisinin tümü bir organa aittir. Bu organ, tek bir kişi veya bir kurul olabilir. Birinci çeşide örnek olarak; Amerikan Başkanlık Sistemini verebiliriz. Tabi ki yürütme, bu sistemde tek kişiye verilmemiştir ama burada kastedilen yürütme yetkisinin kaynağının tek kişide olmasıdır.

Monist yürütmenin ikinci çeşidi; İsviçre tipi <meclis hükümeti>dir. Bu sistemde yetki, bir kişiye değil; kollektif bir kurul olan Federal Konsey'e verilmiştir<sup>2</sup>. Bu sistemde devlet başkanlığı yoktur ve Konsey Üyeleri eşit yetkiye sahiptir.

#### 2- Düalist (İkici / İkicil / İkel) Yürütme

Bu sistemde ise, yürütme yetkisi Devlet Başkanı ile Bakanlar Kurulu arasında bölüşülmüştür. Devlet Başkanı siyasal ve cezaî bakımdan sorumsuz, hükümet ve bakanlar kurulu üyeleri ise yasama organına karşı kolektif ve bireysel olarak sorumludur. Bu sistem parlâmenter rejimin temel özelliklerinden biridir. **Parlâmenter rejimi benimseyen ülke-**

1. ÖZBUDUN, Ergun: "Türk Anayasa Hukuku", Gözden Geçirilmiş 7.baskı, Ankara 2003, s.305.

2. TEZİÇ, Erdoğan: "Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)", 8.bası, İstanbul 2003, s.397.

**mizde de yürütme organı bu yapıdadır.** 1982 Anayasası'nın 6.maddesi, “*Türk milletinin, egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanacağını*” öngörürken; 8.maddesi ile de, “*yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” hükmü ile de Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulundan oluşan **iki başlı yürütme** öngörülmüştür.<sup>3</sup>

### B. Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanı, 1982 Anayasasının üçüncü kısmının ikinci bölümünde, *Yürütme* başlığı adı altında, 101 ile 106'ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir.

**Cumhurbaşkanı, hem devlet başkanı hem de yürütmenin başı sıfatlarını kişiliğinde birleştirmektedir.**<sup>4</sup>

Parlâmenter sistemlerde devlet başkanı, devletin başı sıfatıyla tarafsız bir konumdadır.

Ülkemizde, “1924 Anayasasının aksine, gerek 1961 gerek 1982 Anayasaları, Cumhurbaşkanı'nın tarafsız ve partiler-üstü niteliğini sağlama konusunda özel bir çaba göstermişlerdir”.<sup>5</sup>

Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümlerden bir diğeri de; Anayasanın 101.maddesindeki Cumhurbaşkanı'nın *beş yıllık* <sup>6</sup> *bir süre* için seçilmesidir. Ayrıca yine bu madde hükmünce, bir kişi, Cumhurbaşkanı seçildikten sonra, varsa siyasî partisi ile üyeliği kesilir ve TBMM üyeliği de sona erer. Yine aynı hükmün devamında, Cumhurbaşkanı'nın, *en fazla iki defa seçilebileceğinin* belirtilmesi ise; tarafsızlık hususunda, **kanaatimize göre** yerinde olmamıştır. Çünkü aynı maddenin, 5678 Sayılı Kanunun yaptığı değişiklik öncesi halindeki düzenleme daha yerindeydi. Önceki düzenlemeye göre; “*Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez*” denilmekteydi.

- 
3. TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: “1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku”, 2.baskı, İstanbul 2001, s. 301.
  4. SABUNCU, Yavuz: “Anayasaya Giriş”, 5.bası, Ankara 1997, s.161.
  5. ÖZBUDUN (2003) age.: s.306.
  6. Bu süre, 5678 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 4.maddesi ile değiştirilmeden önceki düzenlemede **<yedi yıl>** idi.
  7. AY md.101'in, 5678 Sayılı Kanunun yaptığı değişiklik öncesi hali.

Cumhurbaşkanı'nın seçimi ile ilgili hüküm, 1982 Anayasasının 102. maddesinde; ant içmesi Anayasanın 103. maddesinde; görev ve yetkileri ise, 104. maddede düzenlenmiştir.

1982 Anayasası önceki düzenlemede, Cumhuriyet dönemindeki diğer anayasalarımızda olduğu gibi, Cumhurbaşkanı'nın meclis tarafından seçilmesi yöntemini benimsemiş ama, 31/05/2007 Tarih ve 5678 Sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 4. maddesi gereği; Cumhurbaşkanı'nı **bal-kın seçmesi** yöntemini kabul etmiştir.

### **Sorumluluk ve Sorumsuzluk**

Toplumsal yaşamda, kişilerin yaptıkları hukuka aykırı hareketlerinin bir sonucu olarak, hukuk düzenince belli yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlar, sorumluluk şeklinde meydana gelerek hukukî, cezaî ya da siyasî olarak karşımıza çıkabilir. Pek tabidir ki, hukuka aykırı hareket, beraberinde bir sorumluluk getirir. Ama bazen, bunun bir istisnası olarak hukuk sistemleri, sorumluluğu **yok** saymaktadır. Başka bir deyişle, sorumluluk yolu kapatılarak, sorumluluğa gidilememektedir. Bunun kapsamı, niteliği ve uygulaması ise, her devletin kendi hukuk sistemine göre farklılık arz etmektedir. İşte bu tür bir *sorumsuzluk* hali, Yürütmenin başında olan Cumhurbaşkanı'na (devlet başkanına ya da krala) belli hallerde tanınmış ya da tanınmamıştır.

Sorumluluk; **siyasî**, **cezaî** ve **hukukî** olmak üzere üç farklı şekilde karşımıza çıkar. Şimdi, bunları ayrı ayrı inceleyelim.

## **I. CUMHURBAŞKANI'NIN SİYASÎ (SİYASAL) SORUMLULUĞU<sup>8</sup> VE SORUMSUZLUĞU**

Uzun bir tarihsel gelişme sonucunda kralların yetkisizleşmesi ve parlâmento çoğunluğuna dayanan bir hükümetin asıl yetki sahibi makam olarak belirlenmesi, parlâmenter sistemlerde yürütmenin *iki başlı* bir organ haline gelmesine yol açmış; bir yanda süreklilik ifade eden ve sem-

8. **Bazı dillerdeki karşılıkları olarak:** political responsibility [EN]; politicél ezef [VEEN]; politische Verantwortlichkeit [DE]; responsabilité politique [FR]; responsabilità politica [IT]; responsabilidad política [ES]; responsabilidade política [POR].



bolik yetkilere sahip bir devlet başkanı, bir yanda da işlerin gerçek yürütücüsü durumunda olan bir hükümet söz konusu olmuştur.<sup>9</sup>

Egemenin, sorumsuz oluşu karşısında, bu sorumsuzluğun bedeli (yani sorumluluk); hükümete yüklenmiştir<sup>10</sup>. İşte hükümetin, egemene yönelik olarak bulunan bu sorumluluğuna, **siyasî (siyasal) sorumluluk** denir.

Egemen; yapılanmaya göre farklılık arz eder. Örneğin yöneticiler, monarşilerde<sup>11</sup> krala karşı; diktatörlüklerde, diktatöre karşı; bir darbe sonrasında ise, darbeyi yapan ve iktidarı elinde tutan kişiye karşı sorumludur.

**Cumhurbaşkanı açısından ise, siyasî sorumlulukta genel kabul edilen, sorumsuzluk<sup>12</sup> halidir.**

İster monarşik, ister cumhurî nitelikte olsun, **bütün parlâmenter sistemlerde devlet başkanlarının siyasal sorumluluğu yoktur**. Yani bir monarşide kralın veya bir cumhuriyette Cumhurbaşkanı'nın, halk tarafından veya parlâmento tarafından veya bir başka makam tarafından görevden alınabilmesi veya istifa ettirilmesi mümkün değildir.<sup>13</sup>

Cumhurbaşkanı'nın *sorumsuz* oluşu, yani yaptıklarından, daha doğrusu göreviyle ilgili işlemlerinden dolayı herhangi bir makama hesap verme zorunda bulunmayışı, mutlak yetkili hükümdarlık zamanında ol-

9. SOYSAL, Mümtaz: "100 Soruda Anayasanın Anlamı", Gözden Geçirilmiş 11.baskı, 1997, s.224.

10. Yani kısaca, cumhurbaşkanının bu sorumluluğu, hükümet üzerinde kalmıştır denilebilir.

11. "İngiliz sistemine göre; 'Kral kötülük, bata yapmaz; ama Kralın bakanları yapabilir'. Öyleyse, yürütme yetkisinin kullanılmasında krala yardımcı olan bakanlar, bundan sorumlu olmalıdır. Bu amaçla, önce <impeachment> diye ifade edilen, bakanların görevleri ile ilgili kusurlarından cezaî olarak sorumlu tutulmaları uygulaması ortaya çıkmıştır. Daha sonra, parlâmento, görevleri ile ilgili bir kusuru yokken de kralı, güven duymadığı bir bakanı görevden almaya zorlayarak, bakanların parlâmentoya karşı siyasî sorumlulukları ortaya çıkmıştır. Böylece parlâmento, bakanlar aracılığıyla, kralın yürütmeye ilişkin yetkilerini denetimine almış oluyordu. Bu, uygulamada, karşı-imza kuralı ile kralın bütün yetkilerinin fiilen parlâmentoya karşı siyasî sorumlu bakanlar kurulu eliyle kullanılması sonucunu doğurmuş ve kralın sorumsuzluğu ilkesi, onun yetkisizleşmesini sağlamıştır." TANÖR (2001) age.: s.306, dn.7.

12. GÖZLER, Kemal: "Devlet Başkanları - Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", Bursa 2001, s.81: "Almanya, Finlandiya, İrlanda, İtalya, Portekiz, Türkiye, Yunanistan Cumhurbaşkanlarının siyasal sorumsuzluğunun temeli, günümüzde pozitif anayasa metinlerinde de bulunmaktadır."

13. GÖZLER (2001) age. : s.80.

duğu gibi iktidarın sınırsızlığından değil; tam tersine, elindeki yetkilerin güçsüz ve sembolik yetkiler oluşundan kaynaklanır.<sup>14</sup>

Yine de, modern devlet anlayışına göre, sorumlusu belli olmadan yapılmış bir iş söz konusu olamayacağı için, klasik parlâmenter sistemde, sorumsuz Cumhurbaşkanı'nın bütün kararlarına, başbakanın ve ilgili bakanların da imza atmaları gerekir<sup>15</sup>. Aslında, Cumhurbaşkanı'nın imzasını taşıyan kararlar genellikle, sorumluluk altındaki görevlilerin kararlarıdır. Cumhurbaşkanı'nın imzası, bunlara devlet başkanlığının sembolik ağırlığını koymak, böylece devletin gücünün sürekliliğini ifade etmek içindir.<sup>16</sup>

## II. CUMHURBAŞKANI'NIN CEZÂİ SORUMLULUĞU<sup>18</sup> VE SORUMSUZLUĞU

Kişinin, ceza hukuku bağlamında bir suç işlemesi dolayısıyla gidilen sorumluluğuna, **cezaî sorumluluk** denir. Bu tür sorumluluğun müeyyidesi ise; cezalardır.

Cezaî sorumluluk, parlâmenter sistemlerde farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır.

### A. Parlâmenter Monarşilerdeki Durum

Parlâmenter monarşilerde devlet başkanının, yani kralın, **cezaî sorumsuzluğu** ilkesi kabul edilmektedir. Üstelik bu dokunulmazlık, **tam ve mutlaktır**. Krallar görevleriyle ilgili suçlardan veya göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından dolayı sorumsuzdur.<sup>18</sup>

Parlâmenter monarşilerde cezaî sorumsuzluk ilkesi, anayasalarca açıkça kabul edilmektedir.<sup>19</sup>

14. SOYSAL (1997) age.: s.224.

15. Bu durum, "**Karşı-İmza Kuralı**" olarak adlandırılır. Bu, bir bakıma, sorumluluğun yüklenilmesidir/yükletilmesidir.

16. SOYSAL (1997) age.: s.224.

17. **Bazı dillerdeki karşılıkları olarak:** criminal liability / criminal responsibility [EN]; narumél ezeft [VEEN]; kriminelle Haftung [DE]; responsabilité pénale / responsabilité criminelle [FR]; responsabilità criminale [IT]; responsabilidad criminal [ES]; responsabilidad criminosa [POR].

18. GÖZLER (2001) age. : s.85.

19. Örneğin, 1876 Osmanlı Kanun-u Esasî 5 md.sinde; Padişahın şahsının "**mukaddes ve gayri mesûl**" olduğunu hükme bağlıyordu. Abi. bkz. : GÖZLER (2001) : s.85 vd..

Kralların sorumsuzluğunun altında, <**Kral bata yapmaz (the King can do no wrong<sup>20</sup>); Kral kötülük yapmaz; Kral suç işleyemez (Rex non potest peccare)**> düşüncesi yatmaktadır. Bu ilke kralı, bütün beşerî fiillerinden sorumsuz kılmaktadır. Hangi tür fiili olursa olsun, krala karşı cezaî takibatta bulunulamaz.<sup>21</sup>

## B. Parlâmenter Cumhuriyetlerdeki Durum

Parlâmenter cumhuriyetlerde de **cezaî sorumsuzluk ilkesi benimsenmiştir, fakat** bu ilke, **mutlak olarak tanınmamıştır**.

Parlâmenter cumhuriyetlerde Cumhurbaşkanı'nın cezaî sorumluluğu değerlendirilirken, <**kişisel**> suçları ve <**göreviyle**> ilgili suçları olarak ikili bir ayrıma gidilir. Böyle bir ayırım, doğal olarak farklı sonuçlara tâbi olur.

### 1- Cumhurbaşkanı'nın Kişisel Suçlarından Dolayı Cezaî Sorumluluğu

Genel olarak, bu tür suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğunun var olduğu kabul edilir.<sup>22</sup> Diğer bir deyişle, böylesine bir *varsayım* mevcuttur. Yani **Cumhurbaşkanı, görevi ile ilgili olmayan adî suçlarından dolayı, herkes gibi sorumludur.**<sup>23</sup> Bu yüzden, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumluluğunun, anayasalarda açıkça belirtilmesine de gerek yoktur.<sup>24</sup>

- 
20. GÖZLER (2001) age.: s.86'daki dn.18'den dolayı atıfla; "Crimes, s.18; De Smith ve Brazier, s.133."
21. GÖZLER (2001) age. : s.86'daki dn.20'den dolayı atıfla; "Esmein, C.I, s.159."
22. "Bazı anayasalar, cumhurbaşkanlarının kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğunu ayrıca belirtmişlerdir. Örneğin 1976 tarihli Portekiz AY md.133/4; 1975 tarihli Yunan AY md.49/1; 16 Haziran 1964 tarihli Devlet Başkanı Hakkında İsrail Temel Kanununun 13. ile 14. bölümü; 1944 tarihli İtalya AY md.11; 1924 tarihli Türk Teşkilât-ı Esasiye Kanunu da, 41.maddesinin ikinci fıkrasında, <Reisi-cumhurbaşkanının busûsat-ı şahsiyesinden dolayı mes'uliyeti>ni açıkça öngörmüştü." [GÖZLER (2001) age. : s.87].
23. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: "Anayasa Hukuku - Anayasa Metni ve 11.Protoköle Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Güncelleştirilmiş 13.bası, Ankara 2004, s.243 - 301. no.lu kısım.
24. **Bunun nedeni:** "...Zira, cumhurbaşkanlarına tanınan sorumsuzluk ilkesinin geçerlilik alanı zaten, mahiyeti gereği, göreviyle ilgili eylem ve işlemleri içindir. Bir gerçek kişi olarak cumhurbaşkanlarının da, görev ve yetkilerinin kullanılmasında, herhangi bir insan olarak işlediği fiillerinden dolayı ceza kanunlarına tâbidir. O halde, bir ülkede cumhurbaşkanının kişisel suçlarından bağımsız tutan bir hüküm olmadıkça, cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu sonucuna varılabilir. Bu sonuca <ceza kanunlarının mecburîliği ilke-

Cumhurbaşkanlarının kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğunun kabulü, yeterli değildir. Bunun yanında, sorumluluğun, nasıl yerine getirilmesi gerektiğinin de belirlenmesi önem arz eder. Çünkü devletin en üst temsilcisi sıfatını taşıyan Cumhurbaşkanının, bu tür bir sorumluluğuna gidilmesi dolayısıyla devletin <b>başsız</b> kalması, büyük bir problem oluşturur. Bu probleme yönelik açılımlar, bazı anayasalar<sup>25</sup> tarafından açıkça düzenleme altına alınmıştır. Fakat mevcut hukuk sistemimize baktığımızda ise, böylesine bir düzenlemeye **ne yazık ki** gidilmemiştir. Bu, büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkar. Buna ilişkin olarak geçmişteki düzenlemelere baktığımızda; örneğin 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı cezaî sorumluluğu ile cumhurbaşkanlığı makamının gereklerini uzlaştıran bir usûl öngörmüştü. 1924 Anayasasının 41.maddesinin 2.fıkrası, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı cezaî sorumluluğu söz konusu olduğunda izlenecek usûlü şu şekilde belirlemiştir:

*“Reisicumbûrun busûsât-ı şahsîyesinden dolayı mes'ûliyeti lâzım geldikte işbu Teşkilât-ı Esâsiyye Kanûnununun masûniyet-i teşrîiyeye taallûk eden 17'nci maddesi mûcibince hareket edilir”*

Yani 1924 Türk Anayasası, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumluluğu söz konusu olduğunda, yasama dokunulmazlığını düzenleyen bu Anayasa'nın 17'nci maddesine göre hareket edilmesini öngörmekteydi. Buna göre, ilk önce, Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından dokunulmazlığının kaldırılması gerekmekteydi.<sup>26</sup> Çünkü 1924 Anayasasına göre, Cumhurbaşkanı seçilen kişi, milletvekilliği sıfatını da korumaktaydı. Bu nedenle de, Cumhurbaşkanı'nın milletvekilliği dokunulmazlığı ile ilgili ayrıcalıklardan yararlanması doğaldır.<sup>27</sup>

*si>nden hareketle de ulaşabiliriz. Bu ilkeye göre, ceza kanunlarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren, hükümlerini iblâl eden bütün kişiler hakkında, zorunlu olarak uygulanır (AY md.38). Eğer ceza kanunları kural olarak bütün kişiler için <meçburî> ise, cumhurbaşkanı, ayrıca ve açıkça bu kuraldan istisna tutulmadıkça, ceza kanunlarına tâbidir.” [GÖZLER (2001) age. : s.87-88].*

25. “Örneğin Portekiz, Yunanistan ve İsrail’de, cumhurbaşkanının kişisel suçları hakkında takibat, görev süresinin bitmesine kadar ertelenir...1944 tarihli İzlanda Anayasasının cumhurbaşkanına, aynen milletvekili dokunulmazlığına benzer bir dokunulmazlık tanıdığını söyleyebiliriz.”

[GÖZLER (2001) age. : s.88-89].

26. GÖZLER (2001) age. : s.89.

27. GÖZÜBÜYÜK (2004) age. : s.244.

1961 Anayasası'na baktığımızda ise, Cumhurbaşkanı seçilen kişi, seçilmesiyle birlikte, milletvekilliği sıfatını kaybetmiş olur. Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarındaki durumu hakkında herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir.

1982 Anayasası'nda da aynen, 1961 Anayasasındaki gibi, herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Buna rağmen, hem 1961 hem de 1982 Anayasalarına baktığımızda, bir kişinin TBMM dışından bakan olarak görevlendirilmesi durumunda ise, bu kişilerin, **milletvekilliği dokunulmazlığından yararlanacağı- nı** öngörmüştür.<sup>28</sup>

Geçmişteki düzenlemelere rağmen, mevcut sistemimize baktığımızda, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı yargılanması hususunda, Cumhurbaşkanı'nın, milletvekilliği dokunulmazlığından yararlanıp yararlanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Kanaatimize göre, **“Anayasa'nın, kişisel suçlarından dolayı, Cumhurbaşkanı'nın milletvekilliği dokunulmazlığından yararlanması için, özel bir düzenlemeye gitmesi gerekirdi. Anayasa böyle bir düzenlemeye gitmediğine göre, bu boşluğu, varsayımla, yorumlama ve örneksime (kıyas) yolu ile doldurma olanağı da yoktur; çünkü kamu hukuku alanında olduğumuzu unutmamak gerekir. Anayasadan doğan bu sakıncalı durumu, parlâmenter sistemin geleneğine başvurarak doldurmaya çalışmak; hem ceza, hem de Anayasa Hukuku bakımından, kabul edilebilir bir yol gibi görünmemektedir”**.<sup>29</sup>

28. Bkz. 1961 AY md.105 ile 1982 AY md. 112/4

29. GÖZÜBÜYÜK (2004) age. : s.244. **Aynı görüşte olanlar:** TEZİÇ (2003) age.: s.409; KUNTER, Nurullah: “Ceza Mubakemeleri Hukuku”, 9.baskı, İstanbul 1989, s.415 dn.285. **Aksi görüşte olanlar:** “1961 ve 1982 Anayasalarında bu konuda açıklık olmamakla beraber, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumlu olduğunda tereddüt yoktur. Bizce bu durumda, milletvekilliği dokunulmazlığı hükümlerinin uygulanması gerekir. Anayasanın milletvekillerine, TBMM dışından atanan bakanlara ve Cumhurbaşkanı'nın Konseyi üyelerine tanıdığı dokunulmazlık imtiyazını Cumhurbaşkanı'ndan esirgemek istemiş olduğunu düşünmek zordur.” [ÖZBUDUN (2003) age.: s.317] ; “Anayasaların milletvekillerine tanıdığı <yasama dokunulmazlığı>na benzer bir dokunulmazlığın, cumhurbaşkanlarına da tanınması uygun olacaktır.” [GÖZLER (2001) age.: s.89] ; “Anayasa uyarınca milletvekili olmayan bakanların yararlandığı (AY md.112/4) yasama dokunulmazlığından, cumhurbaşkanının da yararlanacağını kabul etmek gerekir.” [TANÖR (2001) age.: s.317] ; ÖZGENÇ, İzzet: “Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler”, 2.baskı, Ankara 2007, s.538, dn.1080; **Ayrıca, abi.bkz.:** DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım”, C.I, 14.bası, İstanbul 1997, s.263, dn.10'da bahsi geçen yazarların eserleri. **Farklı bir yaklaşım ola-**

Fakat bu belirleme dolayısıyla, şunun da belirtilmesinde yarar vardır ki, bu da; Cumhurbaşkanı'nın her halde kişisel fiillerinden dolayı, genel usûllere göre kovuşturulmasına hemen başlanılmasının söz konusu olmaması gerekliliğidir. Çünkü bu, kötü niyetli olarak kullanılabilir ve böylece, devleti temsil eden Cumhurbaşkanlığı Makamı *gereksiz olarak meşguliyete* uğratabilir. Dolayısıyla bu gibi hallerde, ortaya çıkacak Anayasa teamülü ve uygulamalar, muhtemel olarak, vatana ihanet halinde kovuşturma bakımından uygulanacak usûle uygun olacaktır.<sup>30</sup>

Diğer taraftan üzerinde önemle durulması gereken diğer bir husus da; kişisel suçlarından dolayı ceza mahkemesince yargılanan Cumhurbaşkanı'nın durumu ne olur? Cumhurbaşkanı, görevine devam mı etmektedir; yoksa görevinden düşmüş müdür? Acaba Cumhurbaşkanı görevine yine de devam edebilir mi?

Bu hususta da mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>31</sup>

*“Anayasalar böyle bir durumda Cumhurbaşkanı'nın, görevden alınmasını öngörmüyorsa; Cumhurbaşkanı görevine devam eder. Ancak ceza mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nın tutuklanmasına karar vermişse; burada Cumhurbaşkanı'nın görevini geçici olarak yerine getirememesi (empêchement temporaire) hali ortaya çıkar.<sup>32</sup> Keza, Cumhurbaşkanı'nın görev süresinden daha kısa bir süre hapis cezasına çarptırılması durumunda da, Cumhurbaşkanı'nın görevini geçici olarak yerine getirememesi (empêchement temporaire) hâli söz konusu olur. Cum-*

**rak ise;** DÖNMEZER / ERMAN, böyle bir durumda, şu açılımı getirmektedirler: “...bu husus, olay ortaya çıktığında belirlenmeğe başlayacak Anayasa teamüllerine göre çözümlenir.” [DÖNMEZER / ERMAN (1997) : age. : s.263] . Aynı husus, Prof.Dr.Ergun ÖZBUDUN'un başkanlığında Bilim Kurulu tarafından hazırlanan, 2007 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Yeni Anayasa Taslağında (Önerisinde) şu şekilde düzenlenmiştir: “Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından doğan sorumluluğu, yasama dokunulmazlığı hükümlerine tâbidir” (Taslak md.82/3) Böylece, açık bir düzenleme getirilerek, tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir. Taslağın tam metni için bkz.: “<http://www.8sutun.com/node/40393>” (en son erişim tarihi 12.02.2008) .

30. DÖNMEZER / ERMAN (1997) : age. : s.263.

31. Anılan 2007 tarihli Anayasa Taslağındaki (Önerisindeki) düzenleme ise şöyledir: “Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erer.” (Taslak md.82/2) .

32. GÖZLER (2001) age. : s.89'daki dn.25'ten dolayı atıfla, “Debbasch *et al.*, *op. cit.*, s.675.”

*burbaşkanı'nın geri kalan görev süresinden daha uzun bir süre hapis cezası alması durumunda ise; Cumburbaşkanlığı Makamının boşalması (vacance) hâlinin olduğu kabul edilmelidir. İlk iki durumda Cumburbaşkanı'nın görevine, hâpisten çıkmasına kadar ve ikinci durumda da, yeni bir Cumburbaşkanı'nın seçilmesine kadar, cumburbaşkanlığı görevine, Anayasa'nın öngördüğü kişi vekâlet eder. Cumburbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı yargılanması durumunda, özellikle tutuklanması ve ceza alması durumunda, çözümlenmesi oldukça zor sorunlar ortaya çıkar. Zira, böyle istinaî durumları anayasalar, genellikle öngörüp çözüm getirmemektedir. Kanımızca, bu durumdaki Cumburbaşkanı'nın istifa etmesi; sorunun iyi bir çözüm yolu olacaktır. Ancak, bu sebeplerle görevinin sona ermesi anayasa-da öngörülmedikçe, istifa etmeyen Cumburbaşkanı'nın görevden alınabilmesi de mümkün değildir.” [GÖZLER (2001) age.: abi. bkz.: s.89-90]*

## 2- Cumburbaşkanının Görevi İle İlgili Suçlarından Dolayı Cezâî Sorumluluğu<sup>33</sup>

Görevi ile ilgili suçlarından dolayı cumburbaşkanlarının cezaî sorumluluğu konusunda, devletlerin kendi hukuk sistemlerine göre yapmış oldukları düzenlemelere göre üçlü bir ayrıma gidebiliriz. Buna ayrıma göre:

- Cumburbaşkanı'na **tam sorumsuzluk** tanıyan devletler
- Cumburbaşkanı'na **tam sorumluluk** yükleyen devletler
- Cumburbaşkanı'na **kural olarak sorumsuzluk** tanıyan ve fakat **istisnaî** durumlarda, Cumburbaşkanı'nın **sorumluluğuna** gidilebilen devletler söz konusudur.

### a) Tam Sorumsuzluk Hâli

İsrail'de Cumburbaşkanı, göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı tam bir sorumsuzluğa sahiptir. 16 Haziran 1964 tarihli Devlet Başkanı Hakkında Temel Kanun'a göre, “Devlet Başkanı, görev veya yetkileriyle

33. Abi.bkz.: GÖZLER (2001) age. : s.90 vd.



*bağlantılı bir şeyden dolayı bütün davalardan bağıştıktır ve herhangi bir mahkemeye veya divana çıkarılamaz” (sek.13-a). Yine aynı madde, “bu madde de, Cumhurbaşkanı’na tanınan bağıştıklıkların görev süresinin dolmasından sonra da devam edeceğini öngörmektedir” (sek.13-c)<sup>34</sup>*

### **b) Tam Sorumluluk Hâli**

Cumhurbaşkanı’nın göreviyle ilgili suçlarından dolayı tam olarak sorumlu olduğu, sadece Portekiz’de kabul edilmektedir. 1976 Portekiz Anayasası’nın 133.maddesinin ilk fıkrasına göre; “*Cumhurbaşkanı, görevini yerine getirirken işlediği suçlardan dolayı Yüksek Adalet Divanı önünde sorumludur*”. Yüksek Adalet Divanı’nın Cumhurbaşkanı hakkında mahkûmiyet kararı vermesi, Cumhurbaşkanı’nın görevinin sona ermesi sonucunu doğurur (P.AY md.133/3).<sup>35</sup>

### **c) İstisnaî Sorumluluk Hâli**

Bu devletlerdeki düzenlemelere göre ise ana kural; Cumhurbaşkanı’nın sorumsuzluğu iken, istisnaî olarak sorumluluğu yoluna gidildiği görülür.

#### **aa) Kural : Sorumsuzluk**

Almanya, Avusturya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Yunanistan ve de ülkemizde, Cumhurbaşkanı’nın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı kural olarak cezaî sorumluluğu yoktur. Bu husus, ilgili ülkelerin anayasalarından açıkça anlaşılmaktadır.<sup>36</sup>

Ülkemizdeki duruma baktığımızda ise bu husus, 1982 Anayasası’nın 105. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre: “*Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır*”. Fakat bu husus, ilgili madde de görüldüğü üzere açıkça belirtilmemiş; Cumhurbaşkanı’nın yalnızca, vatana ihanetten dolayı sorumlu olduğu belirtilmekle yetinilmiştir.<sup>37</sup>

34. GÖZLER (2001) age. : s.90.

35. GÖZLER (2001) age. : s.90-91.

36. 1949 ALAY md.61; 1929 Av.AY md.142; 1958 Fr.AY md.68; 1999 Fn.AY md.113; 1947 İt.AY md.90; 1937 İr.AY md.12/10-1; 1975 Yu.AY md.49. Abi.bkz.: GÖZLER (2001) age. : s.91 vd.

37. **GÖZLER’e göre:** “*Cumhurbaşkanlarının, bu birkaç suç (vatana ihanet, anayasayı iblâl vs.) dışında, göreviyle ilgili suçlarından dolayı cezaî sorumsuzluğunun temelinde ne yatmaktadır? Kanımızca, cumhurbaşkanlarının göreviyle ilgili suçlarından dolayı sorumsuzluğunu, daba ziyade,*



**bb) İstisna : Sorumluluk**<sup>38</sup>

Kural, sorumsuzluk olmakla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı cezaî sorumsuzluğu mutlak değildir. Almanya, Avusturya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Yunanistan ve de ülkemizde, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı sorumsuzluğunun istisnaları mevcuttur. Bu istisnalar, ülkelere düzenlemelerine göre farklılık arz etmektedir. Bunlar:

**aaa) Anayasayı İhlâl**

Bazı ülkelerin anayasaları<sup>39</sup>, Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerini kullanırken anayasayı ihlâl etmesi durumunda, bundan dolayı bir sorumluluğunun varlığını öngörmüşlerdir.

**bbb) Vatana İhanet**<sup>40</sup>

Bazı ülkelerin anayasaları<sup>41</sup>, Cumhurbaşkanı'nın <vatana ihanet<sup>42</sup>>ten dolayı bir sorumluluğunun varlığını kabul etmiştir.

Ülkemizdeki düzenlemeye baktığımızda, 1982 Anayasası'nın 105. maddesinin son fıkrasında, "vatana ihanet" olgusu, Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunun istisnası olarak düzenleme altına alınmıştır.<sup>43</sup>

---

*devlet başkanının geleneksel statüsünün bir kalıntısı olarak düşünmek gerekir. Birçok ülkede, tarihsel olarak monarşiler yıkılıp cumhuriyetlere geçilmiş olsa da, devlet başkanlarının geleneksel imtiyazlı statüleri, cumhuriyetlerde de devam etmiştir. Monarşiler yıkılıp yerlerine cumhuriyetler kurulunca, cumhurbaşkanlarının statüleri, kralların statülerine benzetilerek düzenlenmiştir (Zoller, op. cit., s.471). Bu nedenle, cumhurbaşkanlarının da, göreviyle ilgili suçlarından dolayı, krallar gibi sorumsuz olduğu, kural olarak kabul edilmiştir" [GÖZLER (2001) age. : s.93] .*

38. GÖZLER (2001) age. : s.93 vd.; <İstisnaî Sorumluluk> bahsi.

39. Örneğin 1958 Fr.AY md.68; 1999 Fn.AY md.113; 1947 İt.AY md.90; 1975 Yu.AY md.49.

40. "**Vatana ihanet**" deyimini, 1982 Anayasasının 105.maddesinin son fıkrasında sadece zikredilmiş fakat herhangi bir tanımına gidilmemiştir. Bu deyimden neyin kastedildiğine yönelik olarak tam ve net bir düzenleme yapılmadığından; anlamı hususunda, öğretilerde de bir birlik yoktur. Dolayısıyla "**vatana ihanet**" deyimini ile neyin kastedildiği tartışmalıdır.

41. Örneğin 1949 Al.AY md.61; 1929 Av.AY md.68, 142/2-a; 1947 İt.AY md.90; 1975 Yu.AY md.49.

42. <**Vatana ihanet**> deyimini bazı ülkelerde <**yüksek ihanet** (*high treason, haute trahison, high treason*)> şeklinde ifade edilmiştir.

43. Anılan 2007 tarihli Anayasa Taslağındaki (Önerisindeki) düzenleme ise şöyledir: "*Cumhurbaşkanı, ancak vatana ihanetten dolayı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır. Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erer. Hangi fiillerin vatana ihanet suçu oluşturacağı kanunla belirlenir*" (Taslak md.82/2).

Taslağın tam metni için bkz.: "<http://www.8sutun.com/node/40393>" (en son erişim tarihi 12.02.2008).

### **ccc) İnsanlığa Karşı Suç<sup>44</sup>**

1999 Finlandiya Anayasası, Cumhurbaşkanı'nın <yüksek ihanet> suçu yanında <insanlığa karşı suç (*crime against humanity*)>tan dolayı da sorumlu olduğunu öngörmektedir (md.113).

### **ddd) Belirli Fena Hareket**

1937 İrlanda Anayasası Cumhurbaşkanı'nın görevi esnasında işlediği <belirli fena hareket (*stated misbehaviour*)>ten dolayı suçlandırılabilirliğini öngörmektedir (md.12/10-1) . Ancak bu <belirli fena hareket>in ne olduğu, söz konusu Anayasada belirtilmemektedir.

### **3- Cumhurbaşkanı'nın Göreviyle İlgili Suçlarından Dolayı Suçlandırılması, Yargılanması ve Bunların Usûlü**

Burada ele alacağımız husus, suçlandırma yetkisinin kime ait olduğu, suçlandırmanın usûlü ve en son aşama olarak da yargılama sürecidir.

Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili suçlarından dolayı suçlandırılması ve yargılanması hususunda, ülkelerin anayasalarındaki düzenlemelere göre farklı usûller benimsenmiştir.

Türk hukuk sistemine baktığımızda, bu hususlar Anayasa ve TBMM İçtüzüğü ile belirleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeleri belirtmek gerekirse:

#### **> 1982 Anayasası'nın 105.maddesi:**

#### **E. SORUMLULUK VE SORUMSUZLUK HALİ**

**Madde 105 - Cumhurbaşkanı'nın, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışında ki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.**

44. Buna ilişkin olarak bir başka düzenleme olarak: "18 Temmuz 1998 tarihinde Roma'da imzalanan <Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulması Hakkında Uluslararası Andlaşma>nın 27.md.si, <soykırım(genocide)> gibi, insanlığa karşı suç işlemiş bir kişinin resmî sıfatının, onun cezaî sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını ve keza cezasının indirilmesine yol açmayacağını hükme bağlamaktadır" [GÖZLER (2001) age. : s.94'teki dn.33'ten dolayı atıfla, "Gicquel , op. cit., s.581"]. "Dolayısıyla bu Andlaşmayı imzalamış ve onaylamış bir ülkede, devlet başkanının, işlediği insanlığa karşı suçlardan dolayı Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde cezaî sorumluluğu vardır" [GÖZLER (2001) age. : s.94].

*Cumhurbaşkanı'nın re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz.*

*Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.*

➤ **584 Sayılı TBMM İçtüzüğü'nün 114.maddesi:**

**CUMHURBAŞKANI'NIN VATANA İHANETLE SUÇLANDIRILMASI:**

**Madde 114**-(Ek madde: 16/05/1996 - 424 S.Karar/25 md.)

*Anayasa'nın 105 inci maddesinin son fıkrası gereğince görevde bulunan veya görevden ayrılmış olan Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetten dolayı suçlandırılmasını isteyen önerge, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin imzasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına verilir.*

*Bu önerge derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur, suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'na bildirilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulmasından başlayarak yedi gün sonraki birleşiminin gündemine alınır.*

*Bu birleşimde, suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nın da dinleneceği bir görüşmeden sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az dörtte üçünün oyuyla suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevkine karar verilebilir. Suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı, isterse, savunmasını yazılı olarak gönderebilir. Bu savunma Genel Kurulda aynen okunur.*

*Birinci fıkrada söz konusu önerge ile üçüncü fıkrada söz konusu Yüce Divan'a sevk kararında, hangi ceza hükmünde dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir.*

Görüldüğü gibi, 1982 Anayasası'nın 105.maddesi ile 584 Sayılı TBMM İçtüzüğü'nün 114.maddesi birlikte ele alındığında, **Cumhurbaşkanı'nı suçlandırma yetkisi**<sup>45</sup>; **Parlâmentoya, diğer bir deyişle TBMM'ye aittir.**

Her iki düzenleme de ele alındığında suçlandırma usûlü şu şekildedir:

**a) Suçlandırma Süreci**

**aa) Vatana İhanetle Suçlandırma Önergesi**

Vatana ihanetle suçlandırma önergesi TBMM üye tamsayısının en az üçte biri tutarındaki üye tarafından yazılı olarak TBMM Başkanlığına verilebilir. Önergede; "*hangi ceza hükmünde dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir.*" (TBMM İçtüzüğü, md.114/son).

Ayrıca, TBMM İçtüzüğü'nün 114.maddesinin ilk fıkrasına göre, görevde bulunan Cumhurbaşkanı'nın yanısıra, görevden ayrılmış bulunan eski Cumhurbaşkanı'nın da vatana ihanetle suçlandırılabilmesi söz konusudur.

**bb) Görüşme**

Bu önerge derhâl TBMM'nin bilgisine sunulur; suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'na bildirilir ve TBMM'nin bilgisine sunulmasından itibaren yedi gün sonraki birleşimin gündemine alınır. (TBMM İçtüzüğü, md.114/2). Bu birleşimde, vatana ihanetle suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı da dinlenir. Suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı, dilerse savunmasını yazılı olarak da gönderebilir. Bu savunma Genel Kurul'da aynen okunur. (TBMM İçtüzüğü, md.114/3)<sup>46</sup>.

**cc) Oylama ve Karar Yeter Sayısı**

Cumhurbaşkanı dinlendikten veya yazılı savunması okunduktan sonra oylamaya geçilir. Oylama Anayasa'da ve İçtüzükte aksi belirtilmediğine göre *işaret oyu* ile yapılır. Oylamada, önerenin kabul edilip Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetle suçlandırılabilmesi için, diğer bir deyişle

45. Farklı yetkilendirme sistemlerinin varlığı hakkında abi.bkz. : GÖZLER (2001) age. : s.95 vd.

46. BATUM, Süheyl / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: "*Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*", İstanbul 1999, s.318.

Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divana sevkine karar verilebilmesi için; üye tamsayısının dörtte üç çoğunluğu gereklidir.<sup>47</sup>

#### **dd) Sevk Kararı**

Yüce Divan'a sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir. (TBMM İç-tüzüğü, md.114/son)

#### **➤ Acaba, Vatana İhanet ile Suçlandırılıp Yüce Divana Sevk Edilen Cumhurbaşkanı Görevinde Kalır mı?**

Bu soruya açıkça anayasaların cevap vermesi gerekir<sup>48</sup>. Fakat 1982 Anayasası'nda, böylesine bir cevap yoktur. Anayasada herhangi bir açıklık bulunmadığından, öğretide, bu konuda farklı görüşler dile getirilmiştir. Bu görüşlerden birkaçına değinelim:

**GÖZLER'e** göre: *“Bu soruya anayasada verilmiş olumsuz bir cevap yok ise; Cumhurbaşkanı'nın görevde kalabileceği sonucuna varmak gerekir. Ancak, yargılanan Cumhurbaşkanı tutuklanırsa, Cumhurbaşkanı'nın görevini <geçici olarak yerine getirememesi (empêchement temporaire)> hali ortaya çıkar. Bu durumda, Cumhurbaşkanı'nın hapisinden çıkmasına kadar, Cumhurbaşkanlığı Makamı'na vekâlet edilmesi gerekir”*<sup>49</sup>. **ÖZBUDUN'a** göre: *“...göreviyle ilgili âdî bir suçtan dolayı Meclisçe Yüce Divan'a sevk edilen bir bakan, bakanlıktan düşmüş sayıldığına (AY md.113/3) göre, TBMM'nin çok daha büyük bir çoğunluğuyla ve çok daha ağır bir suçla suçlanan bir Cumhurbaşkanı'nın, görevine devam edebileceğini düşünmek güçtür. Bu sebeple, Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetle suçlanması durumunda Cumhurbaşkanlığı sıfatının sona ere-*

47. GÖZLER, Kemal: *“Türk Anayasa Hukuku”*, Bursa 2000,s.541.

48. *“Örneğin 1949 Alman Anayasasına göre; Anayasa Mahkemesi, suçlandırılmasından sonra cumhurbaşkanının görevlerini yerine getiremez durumda olup olmadığına geçici olarak karar verir (md.61/2, son cümle). Yunan Anayasasının 49.maddesine göre; suçlandırılan cumhurbaşkanının görevinden çekilmesi öngörülmüştür (md.49/4). Yargılama süresince görevinden çekilen Cumhurbaşkanı'nın yerine, Parlâmento Başkanı vekâlet eder (md.49, 34). Eğer cumhurbaşkanı, yargılama neticesinde beraat ederse; görev ve yetkilerini tekrar elde eder (md.49/4).”* GÖZLER (2001) age. : s.97. Anılan 2007 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Yeni Anayasa Taslağındaki (Önerisindeki) düzenlemede ise: *“... Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erer”* (Taslak md.82/2) denilmektedir.

49. GÖZLER (2001) age. : s.97. Bu görüşe, yukarıda, cumhurbaşkanının kişisel suçlarındaki durumunda da değinilmişti.

ceğini kabul etmek yerinde olur”<sup>50</sup> . **ERDOĞAN**'a göre: “... Yüce Divan tarafından mabkûm edilen bir Cumburbaşkanı'nın, görevinin de sona ereceği şüphesizdir. Hatta aynı sonucun daha önce, yani TBMM tarafından Cumburbaşkanı'nın <vatana ihanet> suçlamasıyla Yüce Divan'a sevk edilmesiyle doğacağı söylenebilir”<sup>51</sup>. **TEZİÇ**'e göre: “Böyle bir durumda, Cumburbaşkanı'nın görevine devam etmesi düşünülemez. Anayasanın 106.maddesi uyarınca, Cumburbaşkanlığı Makamında boşalma olduğu kabul edilerek, yenisi seçilinceye kadar bu makama, TBMM Başkanı'nın vekillik etmesi gerekir. Yüce Divan beraat kararı verse de, suçlandırılan Cumburbaşkanı'nın görevine dönmemesi gerekir”<sup>52</sup>. **DÖNMEZER / ERMAN**'a göre: “Böyle bir durumda Cumburbaşkanlığı makamında boşalma vuku bulunduğu kabul edilmek ve TBMM Başkanınca bu makama vekillik edilmek gerekir (AY md.106). Bu vekillik <yenisi seçilinceye kadar> devam edeceğine göre, Yüce Divanın vereceği karar beklenmeksizin, yeni Cumburbaşkanı'nın seçilmesi gerekir. Bu itibarla, Yüce Divan beraat kararı verse dahi, vatana ihanetle suçlandırılan Cumburbaşkanı -yeniden seçilmedikçe- görevine dönemez”<sup>53</sup>.

**Kanaatimize göre;** suçlandırılan Cumhurbaşkanı'nın durumu <**askıdadır**>. Eğer Yüce Divan, beraat kararı verir ise; Cumhurbaşkanı akanacağından dolayı, görevine yeniden dönebilmelidir<sup>54</sup>. Eğer suçlu bulunur ise; görevinden çekilmelidir, yani başka bir ifadeyle, Cumhurbaşkanı'nın görevi sona ermelidir.

Ayrıca, yukarıda zikredilen görüşlerde belirtilen, Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevki sonucu Anayasa'nın, Bakanlar için öngörülmüş olduğu 113.maddesinin 3.fıkrasındaki hükmünün, kıyasen Cumhurbaşkanı'na uygulanması da söz konusu değildir. Yani Cumhurbaşkanı, Yüce Divan'a sevk edilmesi nedeniyle görevinden düşmüş sayılmaz.

Yine, yukarıda zikredilen görüşlerde belirtilen, Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevki ve de yargılanması sürecinde Cumhurbaşkanı'nın Ma-

50. ÖZBUDUN (2003) age : s.318. **Aynı görüşte:** ATAR, Yavuz: “*Türk Anayasa Hukuku*”, Güncelleştirilmiş 3.baskı, Konya 2005, s.267-268'deki <Cumburbaşkanının Görevinin Sona Ermesi> bahsinde; TEZİÇ (2003) age. : s.410.

51. ERDOĞAN, Mustafa: “*Anayasa Hukuku*”, Genişletilmiş 3.baskı, Ankara 2005, s.270.

52. TEZİÇ (2003) age. : s.410.

53. DÖNMEZER (1997) age. : s.260

54. Aynı görüşte olan: DÖNMEZER (1997) age. : s.260'taki dn.9'da bahsi geçen yazar.

kamının durumu hususunda, Anayasanın 106.maddesinin uygulanması gerektiği görüşü de yerinde değildir<sup>55</sup>. Çünkü, ilgili 106.maddede sayılan sebepler arasında <Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevki ve de Yüce Divan'da Yargılanması> **bulunmamaktadır**. İlgili maddedeki <**başka bir sebep**> deyimini, Yüce Divan'da yargılamayı içerecek kadar genişletmek; Yüce Divan'ın vereceği kararı beklemeksizin, makamın boşaldığını varsayıp yeni Cumhurbaşkanı'nı seçmek; hukukun genel ilkelerine aykırı düşer<sup>56</sup>. Dolayısıyla bu durumun, ilgili madde kapsamına sokulması; ilgili hükmün, genişletilerek yorumlanması olur ki, bu da; kamu hukukunda caiz değildir.

**Kanaatimize göre;** bu hususta Anayasa'ya açık bir hüküm konulmadıkça, vatana ihanetle suçlanan Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı sıfatının, pozitif hukuk bakımından devam ettiği söylenebilir<sup>57</sup>. “Gerçekten, Cumhurbaşkanı'nın çekilmesi veya çekilmiş sayılması konusunda Anayasa'da boşluk vardır. Bu boşluk, Anayasa'nın ruhuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı olarak doldurulmaya kalkışılmamalı; burada özellikle, davanın, siyasî hesaplar yüzünden açılmış olabileceği ve/veya beraat kararı verilebileceği daima hatırdan tutulmalıdır.”<sup>58</sup>

Diğer yandan, “...Yüce Divan, Cumhurbaşkanı'nın görevine devam etmesinin sakıncalı olduğu kanısında ise; örneğin Cumhurbaşkanı'nın delilleri karartabileceğinden endişe ediliyorsa, <**işten el çektirme**> koruma tedbirine (md.49 AY, md.37 vd. DMK) başvurulabilir. Bir hukuk devletinde, yalnızca bir davanın açılması işlemi, otomatik olarak kamu görevinden yasaklılık sonucunu **doğurmaz**.”<sup>59</sup>

Burada, önemle üzerinde durulması ve de değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele de şudur ki; Cumhurbaşkanı'nın, TBMM'nce suçlandırılması ve bu suçlandırılma sonucu Yüce Divan'a sevk edilmesi kararının hukuki niteliğidir. Bu husus, sonucu bakımından bir yargılamayı, bir cezalandırmayı doğurduğundan; hem Ceza Hukuku hem de Ceza Muhakemesi Hukuku ile de yakından ilişkilidir.

55. Karşı görüşte olan: DÖNMEZER (1997) age.; TEZİÇ (2003) age. : s.410.

56. ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: “Uygulamalı Ceza Mubakemesi Hukuku”, Yenilenmiş 11.baskı, Ankara 2007, s.1033'teki dn.25'ten dolayı atıfla.

57. Aynı görüşte olan: GÖZLER (2000) age. : s.541; ÖZTÜRK (2007), s.1033.

58. ÖZTÜRK (2007), s.1033.

59. ÖZTÜRK (2007) age.: s.1033.



Cumhurbaşkanı'nı yargılayacak olan Yüce Divan, Cumhurbaşkanı'na isnat olunan fiilin suç olup olmadığını; Cumhurbaşkanı'nın bundan sorumlu bulunup bulunmadığını ve işlenen suçun vatana ihanet niteliği taşıyıp taşımadığını serbestçe takdir eder<sup>60</sup>. Bu hususta aynen Ceza Mahkemeleri gibi görev yapacak olan **Yüce Divan** (AYMKYUHK md.35<sup>61</sup>) **iddia ve savunmalarla bağlı değildir** (CMK md.225/2).<sup>62</sup> Çünkü ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri de; **<maddi gerçekliğin araştırılması>**dır. Yani suçu nitelemek, iddianamede gösterilen fiilin Ceza Kanunu'nda gösterilen hangi suç tipine uyduğunu söylemek yetkisi, başlı başına mahkemelerin görevidir. Bu yüzden, TBMM'nce yapılan suçlandırılma, yalnızca bir **<nitelemeden>** ibarettir. TBMM'nin burada yaptığı suçlandırılma, bir iddia faaliyetidir; böylece bu yolla, bir kamu davası açılması istenilmektedir. Dolayısıyla asıl olarak suçlandırmaya karar verecek olan (ya da yapmış suçlandırmaya cevap verecek olan) ve de bunun sonucunda **<suçlu ya da suçsuz>** sıfatını kişiye giydirecek olan; Yüce Divan'dır.

Diğer taraftan, TBMM'nce yapılan suçlandırılma, aynen bir savcının iddianamesini hazırlaması gibidir. Ceza muhakemesi hukuku sistemimize göre, bir dava; savcının, iddianamesini mahkemeye vermesiyle birlikte kendiliğinden açılmamaktadır. Bundan sonra kendisine iddianame sunulan mahkeme, bu iddianameyi ya kabul edecek ya da iadesine karar verecektir. Dolayısıyla **mahkemenin, her hazırlanan iddianameyi kabul zorunluluğu yoktur**. Bu kural, doğal olarak, Yüce Divanda da geçerlidir.

*“O halde, Yüce Divan; yalnızca suçlandırılma yani iddia faaliyeti yapma, dava açma yetkisi bulunan TBMM'nin nitelemesi ile bağlı değildir. TBMM, vatana ihanet iddiası ile Cumhurbaşkanı hakkında kamu davası açabilir ancak, mahkeme fiilin vatana ihanet teşkil edip etmediğinin sabit olduğu kararı veya vatana ihanet teşkil ettiğinin sabit olmadığı kanısına varırsa; beraat kararı verecektir. Burada **mahkemenin, TBMM'nin nitelemesi ile bağlı olduğunu ileri sürmek, mahkûmiyet kararını önceden ilân etmek demektir**. Böyle bir düşünce; ne*

60. Karşı görüşte olan: DÖNMEZER (1997) age.

61. İlgili madde : “ **<DURUŞMA VE HÜKÜM> Madde 35** - Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. Yüce Divan kararları kesindir.”

62. ÖZTÜRK (2007) age.: s.1031 vd.



*bukuk devleti ilkesi, ne mubakemenin sonuna kadar sanığın masum sayılma ilkesi ve ne de başka bir ilke ile bağdaşabilir.*<sup>63</sup>

### **b) Yargılama Süreci (Yargılamanın Yapılması Aşaması)**

Cumhurbaşkanı'nın suçlandırılmasının hemen ardından, yargılanması sürecine geçilir.

Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanetle suçlanması halinde, Cumhurbaşkanı'nı, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi<sup>64</sup> yargılayacaktır (AY md.148/3)<sup>65</sup>. Yüce Divan'da savcılık görevini ise, Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcı vekili yapar (AY md.148/4).

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı işlerde izleyeceği usul, 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesini Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 35 ila 40'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kanunun 35'inci maddesine göre; Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken <yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir><sup>66</sup>.

*“Yüce Divan, önüne gelen dava dolayısıyla, vatana ihanet suçunun içeriğini ve yaptırımını belirler. Yüce Divan, bunu yaparken; suçun nitelendirilmesinde, Meclisin Yüce Divana gönderme kararı ile bağli değildir. Yüce Divanı bağlayan husus; vatan hainliği olarak nitelendirilen olaydır.”*<sup>67</sup>

### **Yüce Divan kararları kesindir** (AYMKYUHK md.35/2).

*“Yargılama makamı, Cumhurbaşkanı'na isnat edilen fiilin, anayasada belirtilen suçu (yüksek ihanet, anayasayı ihlâl vb.) değil de, bir başka suçu oluşturduğuna karar verip Cumhurbaşkanı'nı, o suçtan dolayı yargılamaya devam edemez. Yani yargılama makamı, Cumhurbaşkanı'nı, anayasada belirtilen suç dışında kalan bir başka suçtan dolayı yargılayamaz. Yargılama makamı, Cumhurbaşkanı'na isnat edi-*

63. ÖZTÜRK (2007) age.: s.1031 vd.

64. Anayasalar, parlamento tarafından suçlandırılan cumhurbaşkanını yargılama görevini değişik organlara vermişlerdir. Buna ilişkin olarak dört sistem vardır: 1-Anayasa Mahkemesi Sistemi (Almanya, Avusturya, İtalya ve Türkiye'de), 2- Temyiz Mahkemesi Sistemi (Portekiz'de), 3- Özel Mahkeme Sistemi (Yunanistan, Finlandiya ve Fransa'da), 4-Diğer Meclis Sistemi (İrlanda'da). Abi.bkz.: GÖZLER (2001) age. : s.97 vd.

65. TANÖR (2001) age.: s.315.

66. GÖZLER (2000) age. : s.542.

67. GÖZÜBÜYÜK (2004) age. : s.243.

*len fiilin, anayasada belirtilen suçu (yüksek ihanet, anayasayı ihlâl vb.) oluşturmadığını, ama bir başka suçu oluşturabileceği kanısına varıyorsa; bu durumda, Cumhurbaşkanı hakkında beraat kararı vermelidir.”<sup>68</sup>*

### ➤ **Yargılama Makamının Verdiği Kararın Doğurduğu Sonuç**

Yargılama makamının verdiği beraat ya da mahkûmiyet kararının doğurduğu sonuçlar, bazı ülke anayasalarınca belirtilmiştir<sup>69</sup>. Bazı anayasalarda ise, böylesine bir düzenleme mevcut değildir<sup>70</sup>. Şu an ki mevcut hukuk sistemimizde de böyle bir düzenleme yoktur.

*“1982 Anayasası (md.105 ve 148), suçlandırılan ve yargı makâmı tarafından yargılanan Cumhurbaşkanı'nın görevde kalıp kalmayacağını; keza yargılama makamının mahkûmiyet kararının, Cumhurbaşkanı'nın görevini sona erdirmeyip erdirmeyeceği hususlarında hüküm içermemektedir. Anayasa'da aksine bir hüküm olmadığına göre, yargılanan Cumhurbaşkanı'nın, yargılama esnasında, görevinde kalacağı düşünülebilir. Yargılama makamı beraat kararı vermiş ise; ortada sorun olmayacaktır. Görevde olan Cumhurbaşkanı, görevine devam edecektir. Ancak yargılama makamı, mahkûmiyet kararı vermiş ise, ne olacaktır? Anayasa'da buna ilişkin bir cevap verilmediğinden, bu soru oldukça tartışmalıdır. Anayasa'da hüküm olmadığına göre, Cumhurbaşkanı'nın görevde kalacağı söylenebilir. Ancak Cumhurbaşkanı, hapis cezası almış ise ne olacaktır? Cumhurbaşkanı hapseden görevini yapamayacaktır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanı'nın görevini yerine getiremeyecek durumda olduğuna karar verilebilir. Cumhurbaşkanı'nın hapsede yatacağı süre, kalan görev süresinden uzun ise, burada cumhurbaşkanlığının <boşalması (vacancy)>; mahkûmiyet süresi, kalan görev süresinden fazla ise, Cumhurbaşkanı'nın <görevini geçici olarak yapamayacak durumda bulunması (temporary incapacity, empêchement temporaire)> durumlarının ortaya çıktığı düşünülebilir.” [GÖZLER (2001) age.: s.100]*

68. GÖZLER (2001) age. : s.99. aynı görüşte olan: DÖNMEZER (1997) age.

69. Örneğin, 1949 ALAY md.61/2, son cümle; 1937 İr.AY md.12/10-7; 1976 P.AY md.133/3; 1975 Yu.AY md.49/4. Abi.bkz.: GÖZLER (2001) age. : s.99 vd.

70. Örneğin, 1958 Fr.AY md.67,68; 1947 İt.AY md.90/134. Abi.bkz.: GÖZLER (2001) age. : s.100 vd.

### ➤ Vatana İhanet Kavramı<sup>71</sup>

Vatana ihanet kavramının önemli sonuçlar doğurmasına karşın, ne anayasada ne de ceza kanunlarınca **tanımlanmamış** olması, büyük bir eksiklik doğurmaktadır. Bu nedenle gerek teamüller, gerekse öğretilerde yapılan açıklamalar ile; uygulama sırasında ortaya çıkabilecek sorunlar en aza indirilerek var olan bu boşluk, doldurulmaya çalışılmaktadır.

Vatana ihanet deyimi<sup>72</sup> farklı ülkelerdeki farklı düzenlemeler sonucu, farklı adlarla karşımıza çıkabilmektedir. Mesela Fransız hukuk sisteminde, vatana ihanet deyimine karşılık, **“yüksek ihanet”** deyimini kullanılmaktadır. Fransız hukuk öğretisi tarafından **“yüksek ihanet”**’in ne olduğuna yönelik, çeşitli tanımlar verilmiştir. Örneğin **A.Bard ve P.Roboquet**’ye göre yüksek ihanet; **“yürütme organının, millî temsilin haklarını ihlâl eden bütün işlemleridir”**<sup>73</sup>. **Pierre Cot** yüksek ihaneti: **“anayasanın uygulanmasının reddedilmesi”**<sup>74</sup> olarak tanımlamaktadır. **Dominique Turpin**’e göre yüksek ihanet: **“kurumların düzenli çalışmasını engelleyerek görevinin gereklerini yerine getirmeyen Cumhurbaşkanı için öngörülmüştür”**<sup>75</sup>. **Dmitri Georges Lavroff**’a göre ise: **“Cumhurbaşkanı’nın, kendisine Anayasa tarafından verilmiş olan yetkilerini, kötüye kullanmasıdır. Özellikle, diğer organların anayasal yetkilerini çiğnemek ve kendi yetkilerinin sınırlarını kasten ihlâl etmek şeklinde ortaya çıkar”**<sup>76</sup>.

Fransız hukuk öğretisince yapılan tanımlamalara baktığımızda, **<yüksek ihanet>**; Cumhurbaşkanı’nın, görevlerinin gereklerine aykırı davranması biçiminde ortaya çıkan bir **<siyasi cürüm>**<sup>77</sup> olarak ele alınmıştır.

**Türk Hukuk Sistemine baktığımızda ise, mevzuatlarda yapılmış herhangi bir tanıma rastlanmamaktadır. <Vatana ihanet suçu>** olarak tanımlanan bir suç olmadığı gibi, bu suça yönelik

71. Vatana ihanet konusunda abi.bkz.: Çetin ÖZEK, “Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler”, İstanbul 1967, s.73 ve son; Ahmet KERSE, “Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı” (Doktora Tezi), İstanbul 1973, s.156 ve son.

72. Bazı dillerdeki karşılıkları olarak: **“yüksek ihanet; high treason; haute trahison; high treason”**.

73. GÖZLER (2001) age. : s.102’deki dn.44’ten dolaylı atıfla.

74. GÖZLER (2001) age. : s.102’deki dn.45’ten dolaylı atıfla.

75. GÖZLER (2001) age. : s.102’deki dn.48’den dolaylı atıfla.

76. GÖZLER (2001) age. : s.102’deki dn.49’dan dolaylı atıfla.

77. GÖZLER (2001) age. : s.102.

verilecek cezaya ilişkin de bir belirleme yoktur. Mevzuat ve düzenlemelerde genellikle, herhangi bir **tanım** yapılmaktan ziyade; daha çok, **değinilme** yoluna gidilmiştir. Bu suç hakkında, mevzuatlarda bir belirleme yapılmamış olması, gerek <suçların kanuniliği ilkesi>, gerekse <hukuk devleti ilkesi> gereğince oldukça sakıncalı ve de tehlikeli bir durumdur. Dolayısıyla vatana ihanet, duruma göre geniş, duruma göre de dar yorumlanabilir; kapsamı, menfaatler doğrultusunda değiş-tirilebilir. Ve bu da; kötü niyete kapı aralayan bir durum oluşturur.

Türk Hukukunda, geçmişteki düzenlemelere baktığımızda; örneğin 19 Nisan 1336 (Miladi 1920) Tarih ve 2 Sayılı Hiyanet-i Vataniye Kanununun 1'inci maddesinde <**vatan hainliği**> şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Saltanatın ilgasına ve hukuku hâkimiyet ve hüküm-ranîsinin gayri kabili tecezzi ve ferağ olmak üzere Türkiye balkının mümessili hakikîsi olan Büyük Millet Meclisinin şabsiyeti maneviyesinde mündemiç bulunduğuna dair 1 Teşrinisani 1338 tarihli karar hilâfına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin meşruiyetine isyanı mutazammın kavlen veya neşriyatta bulunan kesân haini vatan addolunur”*

Hiyanet-i Vataniye Kanunu, 3713 Sayılı ve 12.4.1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun 23 maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Türk hukuk öğretisinde <vatana ihanet> hakkında bazı tanımlara yer verilmiştir. Örneğin **ÖZTÜRK**'e göre: “Türk vatanının bütünlüğüne, devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçların tamamına vatana ihanet suçu denmektedir”<sup>78</sup>. **GÖZÜBÜYÜK**'e göre: “...Cumhurbaşkanı'nın görevini, anayasa ya da ülkenin yüksek çıkarlarına aykırı bir biçimde kötüye kullanılmasından doğan **siyasal bir suç** olarak kabul edilir”<sup>79</sup>. **DÖNMEZER**'e göre: “vatana ihanet suçları, Türk vatanının bütünlüğüne ve Devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçların bütününi ifade eden genel bir tâbir olarak anlaşılacak gerekir”<sup>80</sup>. **CENTEL**'e göre: “vatana ihanet, devletin varlığına yönelen, anayasal düzeni zorla devirmeyi veya değiştirmeyi; anayasal temel organ-

78. ÖZTÜRK (2007) age.: s.1031'deki dn.22'den dolayı atfla.

79. GÖZÜBÜYÜK (2004) age. : s.244.

80. DÖNMEZER (1997) age. : s.259.

ları düşürmeyi, ele geçirmeyi; bunların görevlerinin engellemeyi; ülkeyi ve ulusu bölmeyi amaçlayan suçlardır”<sup>81</sup>

Anılan 2007 tarihli Anayasa Taslağındaki (Önerisindeki)<sup>82</sup> düzenleme ise şöyledir: “Cumburbaşkani, ancak vatana ihanetten dolayı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır. Yüce Divan’a sevk edilen Cumburbaşkani’nin görevi sona erer. Hangi fiillerin vatana ihanet suçu oluşturacağı kanunla belirlenir” (Taslak md.82/2). Görüldüğü gibi, vatana ihanet deyimine yönelik olarak, taslakta da bir tanıma gidilmemiş ve bunun düzenlenmesi, kanunlarla bırakılmıştır.

Tüm hususları değerlendirdiğimizde, katıldığımız görüş şöyledir:

“Vatana ihanetin bir tanımı olmamasının ötesinde, ceza kanunları da bir vatana ihanet suçu tiplemesi yapmadığı gibi, hangi suçların vatana ihanet sayılacağını belirleyen bir kural da bulunmamaktadır. Bu noktada iki çözüm akla gelebilir. Bunlardan ilki; vatana ihanetin, suçların kanuniliği ilkesi dışında tutulduğu ve dolayısıyla suçun ve yaptırımının, suçlandırırken, önce TBMM’ce ve nihai olarak da Anayasa Mahkemesi tarafından belirleneceğidir. Bu çözüm, vatana ihanetin siyasi yönünü ağırlıklı gören bir yaklaşımdır. İkinci çözüm ise; suçların kanuniliği ilkesinden burada da vazgeçilmeyeceği ve Cumburbaşkani’na yönelik vatana ihanet suçlamasının, ancak ceza kanunlarında düzenlenmiş suçlara dayandırılabilirliğidir. Kuşkusuz, bu hallerde, hangi suçların vatana ihanet teşkil edeceğini, suçlandırma aşamasında TBMM belirleyecek; ancak, bu konuda son nitelendirmeyi yine Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Bu çözüm de, vatana ihanete ceza hukuku ekseninde bakan bir yaklaşımdır. Kanımızca, ikinci çözüm daha isabetlidir. Nitekim TBMM İçtüzüğü’nün 114.maddesindeki, Cumburbaşkani’nin vatana ihanetle suçlandırılma prosedüründe öngör-

81. CENTEL, Nur: “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, İstanbul 2001, s.98’deki dn.14’ten dolayı atfla.

82. Taslağın tam metni için bkz.: “<http://www.8sutun.com/node/40393>” (en son erişim tarihi 12.02.2008).

*düğü düzenleme de bu yöndedir. İctüzüğe göre, TBMM'nin, 'Yüce Divan'a sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayandığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı'nca işlendiği öne sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir'. Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken, TBMM'nin Yüce Divan'a sevk kararındaki suça ilişkin nitelendirmesi ile bağlı değildir. Suçun oluşumunda olduğu gibi, vatana ihanet teşkil edip etmediğinde de son belirlemeyi Anayasa Mahkemesi yapar."* [TANÖR (2001) age.: s.315-316.]

Bu değerlendirmelerden sonra şunu söylemek yerinde olur kanaatindeyiz ki bu da; kanun koyucunun yapması gereken şey, her şeyden önce, bir <vatana ihanet suçu>nu ihdas etmesi, yani vatana ihanet suçunu oluşturan fiili veya fiilleri belirlemesi ve bunlara ceza tertip etmesi gereğidir.<sup>83</sup>

### III. CUMHURBAŞKANI'NIN HUKUKÎ SORUMLULUĞU VE SORUMSUZLUĞU

**Hukukî sorumluluk**, özel hukuka ilişkin sorumluluk demektir.<sup>84</sup>

Cumhurbaşkanı'nın görevi ile ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı hukuksal sorumluluğu yoktur. Çünkü parlâmenter rejimlerdeki *karşı-imza kuralı*<sup>85</sup> gereği, görevi ile ilgili işlem ve eylemlerinden dolayı siyasî ve cezaî sorumluluğu olmayan Cumhurbaşkanı'nın, hukukî

83. GÖZLER (2001) age.: s.107.

84. GÖZLER (2001) age. : s.287.

85. "Parlâmenter hükümet sistemlerinde devlet başkanları bu yetkilerini kural olarak tek başlarına değil; başbakan veya ilgili bakanın karşı-imzası ile kullanabilirler. <Karşı-imza>, devlet başkanının yazılı bir işleminde devlet başkanının imzasının altına başbakan ya da ilgili bakanın veya her ikisinin attığı imzadır. **Karşı-imza kuralının temel fonksiyonu; devlet başkanının işleminden kaynaklanabilecek sorumluluğun, başbakan veya ilgili bakanlarca üstlenilmesinin sağlamasıdır.** Bu sorumluluk; siyasî, cezaî ya da hukukî olabilir. **Karşı-imza, devlet başkanının işlemlerinin geçerlilik şartıdır.** Dolayısıyla karşı-imza kuralına uyulmamasının müeyyidesi; yapılan işlemin geçersizliğidir. Ülkemizde karşı-imza kuralı, kural olarak tanınmış, ama bazı işlemler, bundan istisna tutulmuştur. Şüphesiz bir anayasanın bu istisnalar dışında, karşı-imza kuralına tâbi olmayan başka istisnalar da getirmesi her zaman mümkündür. Ancak bir anayasa, karşı-imza kuralının istisnalarını belirtmiyorsa, bu anayasanın karşı-imza kuralının mutlak olarak benimsediğini, devlet başkanının istisnasız her işleminin karşı-imza kuralına tâbi

sorumluluğunun da olmaması doğaldır<sup>86</sup>. Buna karşın, Cumhurbaşkanı, görevi ile ilgili olmayan eylem ve işlemleri ile kişilere verdiği maddi ve manevi zararlardan dolayı, her kişi gibi sorumludur.<sup>87</sup>

### **SONUÇ**

Öncelikle, yukarıda, ayrıntılı bir şekilde ele alınıp incelenen *Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu* konusundaki, tartışılan hususlar çerçevesinde değinilen mevzuattaki boşlukların, bir an önce giderilmesinde yarar vardır.

Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili sorumluluğu kapsamında adı geçen "*Vatana ihanet*" deyiimiyle neyin kastedilmek istendiğinin yanısıra; Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumluluk hallerinde, yargılama usûlü babında, bir dokunulmazlığın (aynen milletvekillerindeki gibi) olup olmadığı hususu da; olması gereken bir hukuk sistemine (*de lege ferenda*) göre; yasalarda düzenlenmeli ve böylece, muğlâkta kalan ucu açık noktalar, netliğe kavuşturulmalıdır.

Ayrıca, *suçlandırmanın* doğurduğu ya da doğurabileceği ağır sonuçlar göz önüne alınarak; savunduğumuz ve de katıldığımız görüşler doğrultusunda, hem hukuk devleti hem de suç ve cezaların kanuniliği ilkeleri gereğince; açık ve net düzenlemelere gidilmesi, oldukça isabetli ve de yararlı olacaktır. Çünkü, yasalarda var olan ve de problem oluşturabilecek nitelikteki bu tür boşlukların; gerek kıyas gerekse geniş yorum yollarıyla doldurulmaya çalışılması, olumlu sonuçlar doğurmayacaktır. Kamu hukuku kapsamında bulunduğumuz, unutulmamalıdır.

Diğer yandan, devleti temsilen en üst düzeyde bulunan Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanlığı Makamı'nın, mevzuattaki bu boşluklar nedeniyle; siyasî amaçlar, iktidar kavgaları ve menfaat çatışmaları doğrultusunda, sürekli ve de kötüniyetle, gereksiz yere meşgul edilmesinin de böylece önüne geçilmiş olacaktır. Bu hem ülkemiz açısından hem de ülkemizin, diğer ülkeler karşısındaki itibarı açısından önem arz etmekte-

---

*olduğunu söyleyebiliriz. Diğer yandan, bir anayasa, karşı-imza kuralına ne kadar istisna getiriyorsa, devlet başkanının karşı-imza kuralına tâbi olmayan sadece o kadar işlemi olabilir. Yani; yorum yoluyla istisnaların sayısı artırılmaz.*" GÖZLER (2001) age. : s.288-289.

86. TANÖR (2001) age.: s.317.

87. GÖZÜBÜYÜK (2004) age.: s.244.

dir. Çünkü istikrarın olmadığı, karmaşanın hüküm sürdüğü bir ortamda, karışıklıkların çıkması, huzurun bozulması ve dolayısıyla da dıştaki itibarın zedelenmesi muhtemeldir. Sorunların, doğmasından önce bir çözüme gidilmesi, akıllıca ve de kolay olacaktır. Çünkü, doğmuş bir karmaşayı engellenmek de; bu karmaşanın içinden çıkmak da kolay değildir. Bunların göz önünde tutulması gereklidir. Bu yüzden öncelik elzem ve de hâsıldır.

Temennimiz bu yönde olup, uygulamadaki bu boşlukların giderilmesi, elbette ki, TBMM'nin gayret ve çalışmalarıyla mümkün olacaktır.



### CUMHURBAŞKANLARIMIZ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluşundan ve M. Kemal Atatürk'ün 29.10.1923'te Cumhurbaşkanı seçilmesinden günümüze kadar geçen sürede 10<sup>88</sup> Cumhurbaşkanı görev almıştır.



M.Kemal Atatürk



İsmet İnönü



Celal Bayar



Cemal Gürsel



Cevdet Sunay



Fahri Korutürk



Kenan Evren



Turgut Özal



Süleyman Demirel



A.Necdet Sezer



Abdullah Gül

88. 2008 yılı itibarıyla.

**KAYNAKÇA**

- Atar Yavuz**, “*Türk Anayasa Hukuku*”, Güncelleştirilmiş 3.baskı, Konya 2005.
- Bakıcı Sedat**, “*Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanununun Genel Hükümler*”, Genişletilmiş 3.baskı, Ankara 2000.
- Batum Süheyl, Yüzbaşıoğlu Necmi**, “*Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*”, İstanbul 1999.
- Centel Nur**, “*Türk Ceza Hukukuna Giriş*”, İstanbul 2001.
- Demir Fevzi**, “*Anayasa Hukukuna Giriş - Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*”, 5.baskı, İzmir 1998.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir**, “*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku - Genel Kısım*”, C.I, 14.bası, İstanbul 1997.
- Erdoğan Mustafa**, “*Anayasa Hukuku*”, Genişletilmiş 3.baskı, Ankara 2005.
- Erdoğan Belgin**, “*Hukukta Latince Teknik Terimler - Özlü Sözler*”, 1.baskı, İstanbul 2004
- Gözler Kemal**, “*Anayasa Hukukuna Giriş - Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*”, 4.baskı, Bursa 2004.
- Gözler Kemal**, “*Devlet Başkanları - Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*”, Bursa 2001.
- Gözler Kemal**, “*Türk Anayasa Hukuku Dersleri*”, 4.baskı, Bursa 2007.
- Gözler Kemal**, “*Türk Anayasa Hukuku*”, Bursa 2000.
- Gözübüyük A.Şeref**, “*Anayasa Hukuku - Anayasa Metni ve 11.Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*”, Güncelleştirilmiş 13.bası, Ankara 2004.
- Hakeri Hakan**, “*Ceza Hukuku*”, 5.baskı, Ankara 2007.
- Kerse Ahmet**, “*Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı*” (Doktora Tezi), İstanbul 1973.
- Kunter Nurullah**, “*Ceza Muhakemeleri Hukuku*”, 9.baskı, İstanbul 1989.
- Özbek Veli Özer, Bacaksız Pınar, Doğan Koray**, “*Ceza Hukuku - Genel Hükümler - Açıklamalı Şematik Çalışma Kitabı - I*”, Ankara 2006.
- Özbudun Ergun**, “*Türk Anayasa Hukuku*”, Gözden Geçirilmiş 7.baskı, Ankara 2003.
- Özek Çetin**, “*Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*”, İstanbul 1967.
- Özgenç İzzet**, “*Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler*”, 2.baskı, Ankara 2007.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan**, “*Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Yenilenmiş 11.baskı, Ankara 2007.
- Sabancı Yavuz**, “*Anayasaya Giriş*”, 5.bası, Ankara 1997.

**Soysal Mümtaz**, “100 Soruda Anayasanın Anlamı”, Gözden Geçirilmiş 11.baskı, 1997.

**Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi**, “1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku”, 2.baskı, İstanbul 2001.

**Teziç Erdoğan**, “Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)”, 8.bası, İstanbul 2003.

**Yeni R.Onur**, “Cumhurbaşkanı'nın Cezai Sorumluluğu”, [http://clubs.bilgi.edu.tr/herkesicin hukuk/makale.html] , en son erişim tarihi 12.02.2008.

Türkiye Cumhuriyeti Yeni Anayasa Taslağının (Önerisinin) Tam Metni : “Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'un başkanlığında Bilim Kurulu tarafından hazırlanan, 2007 tarihli metin” : [http://www.8sutun.com/node/40393] , en son erişim tarihi 12.02.2008.

---

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**  
**Eski Dördüncü Daire**  
**Nikula v. Finlandiya Davası**

---

*(Başvuru no. 31611/96)*

HÜKÜM

STRASBOURG

21 Mart 2002

**FINAL**

*21/06/2002*

Nikula **v. Finlandiya davasında,**

Aşağıdaki şahıslardan oluşan Daire Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Daire):

Sayın G. Ress, *Başkan,*

Sayın A. Pastor Ridruejo,

Sayın L. Caflisch,

Sayın I. Cabral Barreto,

Sayın V. Butkevych,

Sayın N. Vaji,

Sayın M. Pellonpää, *bakimler, ve*

Sayın V. Berger, *Daire Kayıt Memuru,*

Gizli oturum yoluyla 20 Eylül 2001 ve 28 Şubat 2002 tarihlerinde yapılan müzakere neticesinde,

Son bahsedilen tarihte kabul edilen aşağıdaki hükmü kurmuştur:

**USUL**

1. Dava, Finlandiya vatandaşı Sn. Anne **Nikula** (“Başvuran”) tarafından 20 Mayıs 1996’da İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi’nin (“Sözleşme”) eski 25. Maddesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na (“Komisyon”) Finlandiya Hükümeti aleyhine yapmış olduğu başvuru (no. 31611/96) hakkındadır.
2. Başvuran savunma avukatı sıfatıyla savcının farklı bir şahsın suçlanması yerine (bu nedenle başvuranın müvekkili aleyhine tanıklık edebilmiştir.) belirli bir şahsın suçlanmasını (bu yolla başvuranın müvekkilini söz konusu şahsı tanık olarak incelemekten alıkoyarak) eleştirdiği için hakaretle suçlanmasına bağlı olarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ifade etmiştir.
3. Başvuru Sözleşme Protokol No. 11’in (Madde 5 § 2 of Protokol No. 11) yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998’de Mahkemeye intikal etmiştir. Başvuru Mahkemenin Dördüncü Dairesinin (Mahkeme Kararı 52 § 1) yetkisine sunulmuştur. Bu Daire içerisinde, davayı görüşecek olan Daire (Sözleşme Madde 27 § 1) Karar 26 § 1’de öngörüldüğü şekilde oluşturulmuştur.
4. Daire, 30 Kasım 2000’de alınan karar yoluyla başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğunu beyan etmiştir [Kayıt İfadesi. Mahkeme Kararı Kayıtlar dahilindedir]. Başvuran ve Hükümet, davanın esasını (Karar 59 § 1) hakkında mütalaa sunmuşlardır. Bununla birlikte Başkan tarafından yazılı usul (Sözleşme Madde 36 § 2 Karar 61 § 3) yoluyla müdahale yetkisi verilen Interights’dan (İnsan Haklarının Yasal Korunması Amaçlı Uluslararası Merkez) üçüncü şahıs ifadeleri elde edilmiştir. Taraflar, söz konusu ifadelere karşılık vermişlerdir (Karar 61 § 5).
5. Dava esasları hakkında duruşma, 20 Eylül 2001’de İnsan Hakları Binası, Strasburg’da kamuya açık olarak gerçekleşmiştir (Karar 59 § 2).

Mahkeme huzuruna çıkan şahıslar:

(a) *Hükümet adına*

Sayın A. Kosonen, Direktör, Dışişleri Bakanlığı, *Vekil*

Sayın A. Välimaa, Mevzuat Danışmanı, Adalet Bakanlığı, *Müşavir*;

(b) *başvuran adına*

Sayın Z. Sundström, Finlandiya Barosu, *Hukuk Doktoru*,  
Sayın M. Kauppi, Finlandiya Barosu, *Avukat.*

Mahkeme Sayın Kosonen, Sayın Sundström ve Sayın Vålmaa tarafından sunulan ifadeleri dinlemiştir.

6. Mahkeme, 1 Kasım 2001'de Daire düzenlemesine ilişkin değişiklik yapmıştır (Karar 25 § 1); ancak bu dava Önceki Daire kapsamında kurulan Odanın sorumluluğunda kalmıştır.

## OLAYLAR

### I. DAVA ŞARTLARI

#### A. Başvuranın müvekkili aleyhine yürütülen cezai takibat

7. Başvuran, 1992-93'te Kokkola Şehir Mahkemesi'nde (*raastuwa-noikeus, rädstuvurätt*) müvekkili I.S. ve diğerleri aleyhine yürütülen iki grup cezai takibatta savunma avukatı olarak yer almıştır. Başvuran, Şehir Mahkemesi'nin onayı ile 1973 Bedelsiz Muameleler Kanunu (*laki maksuttomasta oikeudenkäynnistä, lag om fri rättegång 87/1973*) çerçevesinde avukat olarak görev yapmıştır.
8. Savcı T., 1992 yılındaki duruşmada, I.S., erkek kardeşi S.S. ve L.O.'nun geçici olarak işletmecilikten alıkonulmalarını (*liiketoimintakielto, näringsförbud*) talep etmiştir. Talebin temelini, davalıların sahip oldukları ya da saygın mevkide buldukları muhtelif şirketlerin tasfiyesi oluşturmaktadır. T., 4 Mart 1992'de düzenlenen duruşmada diğer ifadelerine ilaveten, S.S.'nin şirketlerin yönetimine fiili olarak katılması göz önünde bulundurulmaksızın, resmi yönetim kurulu üyeliği çerçevesinde işletmecilikten alıkonulması gerektiğini savunmuştur. Tanıklardan birisi olan şirket muhasebecisi M.H. kanıt sunmuştur. Söz konusu dava, Yüksek Mahkeme (*korkein oikeus, högsta domstolen*) tarafından verilen 9 Şubat 1993 tarihli kararlarla sona ermiştir.
9. Bu esnada, I.S., S.S., L.O. ve M.H., M.S. (S.S.'nin eşi) tarafından sunulan şikayete bağlantılı olarak sorgulanmışlardır; M.S., diğer fiillerinin yanında şirketlerden birisi dahilinde kendilerine duyuru-

lan güveni suistimal ettiklerini iddia etmiştir. T., 7 Aralık 1992’de S.S.’nin suçlanmaması kararını almıştır; çünkü şikayet sahibi tarafından yatırımı yapılan fonların onay vermediği amaçlar için tahsis edilmesi ya da S.S.’nin söz konusu tahsisata farklı bir yolla rıza göstermiş olduğu kurul toplantısında yer alması hakkında delil bulunamamıştır.

- 10.** I.S. 2 Şubat 1993’te sahtekarlığa teşvik ve yataklıktan ve güveni suistimal etmekle suçlanmıştır. L.O., diğerlerinin yanında mevşuf sahtekarlık ve sahtekarlıkla; M.H. ise güveni suistimal etmekle suçlanmıştır. Savcı T. S.S.’yi tanıklığa çağırmıştır; ancak başvuran ve diğer savunma avukatı bu hususa müvekkilleri adına karşı çıkmışlardır. Başvuran Şehir Mahkemesi huzurunda “Görev manipulasyonu ve kanıtın yasadışı sunumu” (Fince “*Roolimanipulointi ja kiellonvastainen todistelu*”) başlıklı dilekçeyi okumuş ve sunmuştur; bu çerçevede diğer argümanlarının yanında aşağıdaki ifadelerde bulunmuştur:

“... İddianame, S.S.’nin...söz konusu şirket kurulunun başkanı olduğunu gizlemeye çalışmaktadır...”

Kanıtın sunumuna ilişkin açık suistimal mahkemeyi söz konusu kanıtın reddine teşvik etmelidir...

Savcı tarafından yapılan düzenleme, usul taktikleri yoluyla iddianamenin desteklenmesi için suç ortağını tanık yapmaya çalıştığını göstermektedir. Savcı, sanığın söz konusu hususlarda kanıt sunumunu engellemek adına aynı davada şahit olarak yer alabilecek şahıs aleyhine kasten yanlış suçlamada bulunmuştur... İdari makam tarafından söz konusu kasti takdir suistimali, bir hukuk devleti için son derece alışılmadık bir durum teşkil etmektedir.

Özellikle savcının söz konusu davada kullanmış olduğu usul taktikleri –aynı davada iki görev manipulasyonu örneği– hakkında, söz konusu manipulasyonun Norveç Yüksek Mahkemesi tarafından daha cüzi bir cezaya çaptırılmış olduğunu ifade etmek isterim. Söz konusu davada ortaya konulan savcınıninkine benzer örnek teşkil eden yasadışı fiil...

Savcı bu davada görev manipulasyonu işlemiştir; bu yolla resmi görevlerini ihlal etmiş, yasal güvenliğini tehdit etmiştir...”

11. T. yukarıdaki iddiaları reddetmiş ve talebini sürdürmüştür; Şehir Mahkemesi savunmanın reddini kabul etmemiş; S.S.'nin tanıklığına izin vermiştir. Sanıklar 23 Şubat 1993'te cezaya çarptırılmışlardır; I.S. ve L.O.'ya tecil olunan hapis ve para cezası verilirken; M.H.'ye para cezası verilmiştir. Adı geçen şahısların tümü zarar ziyan ödemesi yapmakla yükümlü kılınmışlardır. Tümü temyize başvurmuşlardır; I.S. ve L.O. diğer unsurlara ilaveten S.S'nin tanık olarak dinlenmemiş olması gerektiğini savunmuşlardır.
12. Vaasa Temyiz Mahkemesi (*bovioikeus, bovrätt*) 20 Aralık 1993 kararında S.S.'nin tanık olarak dinlenmesini onaylamıştır; ancak I.S. ve M.H.'yi güvenin suistimaline ilişkin suçlamalardan beraat ettirmiştir. Buna rağmen, şikayet sahibine zarar ziyan ödemesi yapmakla yükümlü kılınmışlardır.
13. M.H. ve T. Yüksek Mahkemeye başvurma hususunda izin talebinde bulunmuşlardır. Başvuran T.'nin talebi hakkında yorum yapmaya davet edilerek, S.S'nin I.S. adına tanık olarak dinlenmemiş olması gerektiğini savunmuştur. Yalnızca M.H.'ye temyiz hakkı tanınmıştır. Yüksek Mahkeme, 9 Mart 1995 tarihli kararında M.H.'nin zarar ziyan ödemesine ilişkin kararını iptal etmiştir.

#### **B. Başvuran aleyhine hakaret davası**

14. T., olası hakaret suçlamalarının göz önünde bulundurulması amacıyla yönelik olarak Temyiz Mahkemesi Savcısına (*kannevis-kaali, bovrättsfiskalen*) başvuranın 2 Şubat 1993 tarihli ifadesini sunmuştur. 27 Aralık 1993'te savcı vekili başvuranın hakaretten suçlu olduğunu ancak suçlanmaması gerektiği görüşünde karar kılmıştır; çünkü suç cüzi niteliklidir. Savcı Vekili diğerlerine ilaveten aşağıdaki gerekçeleri sunmuştur:

“Söz konusu hakaretin para cezasından daha ağır bir ceza getirmesi beklenemez.

[Başvuran] [S.S.]'nin tanık olarak incelenmesinin engellenmesi amacıyla yukarıda bahsedilen ... ifadeyi sunmuştur. [Başvuran] bu şekilde hareket ederek duruşmada müvekkilinin menfaatlerini savunmaya çalışmıştır... ifadesinde belki de deneyimsizliğine bağlı olarak ...davayı Norveç örneği ve düzenlemeleri kapsamın-



da Şehir Mahkemesine sunma girişiminde bulunmuştur. Sunum, [başvuran] [T.]'ye ilişkin iddialar hakkında gerekli hakiki temeli oluşturamamasına rağmen T.'yi rencide edici etkiye sahip ... oldukça sert bir üsluba sahiptir.

Aynı duruşmada...Şehir Mahkemesi [S.S.]'nin tanık olarak incelenmesine ilişkin herhangi bir engel görmemiştir. Şehir Mahkemesi gerekçe olarak duruşma öncesi kayıt ya da materyalin bulunmadığını ifade etmiştir -savcının belirli şahısları davada sanık olarak kasten seçmesi olarak görülebilecek... Temyiz Mahkemesi Şehir Mahkemesinin [söz konusu] kararını iptal etmemiştir. Bu şartlar altında [başvuranın suçu] [T.] ...'ye çok önemli bir zarara uğratmamıştır.”

15. T., buna rağmen şahsi dava hakkını kullanarak başvuran aleyhine Temyiz Mahkemesi'nde cezai takibat başlatmıştır. Başvuran, Temyiz Mahkemesi huzurunda savcı sıfatıyla geniş kapsamlı ifade özgürlüğüne sahip olması gerektiğini savunmuştur. Savcılar ve hukuk müşaviri, hakiki şahıslarla kıyaslandığında daha yüksek düzeyde eleştiriye tolerans göstermek durumunda kalmışlardır. Başvuranın ifadeleri, münhasıran Şehir Mahkemesine yöneliktir ve T.'nin savcı olarak müvekkilinin davasında uyguladığı usulün eleştirilmesi ile sınırlıdır. Şehir Mahkemesi S.S.'nin tanık olarak dinlenmesinin reddine karşı çıktığından, ifadeler Ceza Kanunu'nun (*rikoslaki, strafflag*) Madde 2 Bölüm 27'si uyarınca hakaret niteliği teşkil etmemektedir.
16. T. Başvuranın 2 Şubat 1993'te Şehir Mahkemesine verilen ifadelerinin, hakkında hakaret teşkil edebileceğini ve mesleki görevleri ile kariyerine zarar verebileceğini savunmuştur. Savcı olarak köklü hizmetinden, saygın belediye görevinden ve bir siyasi partinin yerel kolunun başkanlığından söz etmiştir.
17. Temyiz Mahkemesi, 22 Ağustos 1994'de başvuranı “yeterli bilgi olmaksızın” (*julkinen ei vastoin parempaa tietoa tehty herjaus, of-fentlig smädelse dock inte emot bättre vetande*) kamu hakaretinden suçlu bulmuştur -“yeterli bilgiye rağmen” zuhur eden kamu hakaretinden ayırt edilmesi gereken ihmale dayalı hakaret; T.'ye suçu işlemediği bilinmesine rağmen kasten suç yükleme (söz konusu fiile ilişkin şüpheyi dile getirmek yerine). Başvurana 260

markkas (FIM) (716 euros (EUR)) para cezası verilmiştir. T. tarafından uğranılan zarara ilişkin olarak FIM 3,000 (EUR 505); masraflarına ilişkin olarak FIM 8,000 (EUR 1,345) ödemekle yükümlü kılınmıştır (her iki meblağ hakkında % 16 faiz). Son olarak FIM 300 (EUR 50), devlet masrafı ödemeye tabi tutulmuştur. Temyiz Mahkemesi diğerlerinin yanında aşağıdaki gerekçeleri sunmuştur:

“Avukatın yükümlülüğü, hukuk ve uygun savunma ahlakı çerçevesinde müvekkilinin menfaatlerini korumaktır. Avukat faaliyetlerine ilişkin yükümlülükler, daha çok genel hükümler ve kararlar çerçevesinde zuhur etmektedir. Genel olarak tanınan ilkeler çerçevesinde, bir sanık savunmasına ilişkin tüm gerekli güvenceler sunulmalıdır. Benzer şekilde, avukat müvekkilinin davasının her yönünün mahkeme tarafından doğru ve uygun şekilde ele alınmasını talep edebilir. Benzer şekilde, [Müşavir] fark ettiği hataları ya da eksiklikleri ifade etmek ile yükümlüdür. Bu amaç çerçevesinde avukat davaya ilişkin her hususun eleştirilmesi konusunda serbesttir. Ancak söz konusu eleştiri uygun nitelik taşımalı ve gerçeklere dayanmalıdır... Eleştiri temelleri dikkatlice gözden geçirilmelidir... Diğerlerine ilaveten Ceza Kanunu'nun Bölüm 27 hükümleri çerçevesinde bir avukat tarafından izlenen usul de sınırlıdır.

[Mevcut davada] [başvuranın] yukarıda yazılı ifadesinde [T.]'nin davada suçlanması gereken şahsı değerlendirmede kasten takdirini suistimal ettiğini ve böylece resmi görevlerini ihlal ettiğini iddia ettiği ortaya konulmuştur.

T. Ceza Kanunu'nun Bölüm 40 Madde 10'u çerçevesinde kasti görev ihmaline ile suçlanmıştır. [Başvuranın] fiili, ifadelerin [T.]'yi hakarete maruz bırakması ya da görevlerini ya da kariyerini engellemesi halinde ... ceza gerektiren bir suç teşkil edecektir. Bu noktada Temyiz Mahkemesi ifadenin yargıçlık eğitimi görmüş (*varatuomari, vicebäradshövding*) bir hukukçu tarafından ortaya konulduğunu belirtmektedir. İfadeler Şehir Mahkemesi huzurunda kamuya açık duruşmada ortaya konulmuştur. İfadeler bu yolla kamu alanına yayılabilirdi. Resmi görevlerin ihlalini oluşturan ...takdirin suistimaline ilişkin ifadeler bu nedenle [T.]'yi hakarete maruz bırakabilir ya da görevlerinin ifası ya da kariyer gelişimi açısından engel teşkil edebilirdi.

[T.] iddianame için yeterli kanıt yokluğuna bağlı olarak [S.S.]'nin suçlanmaması kararı vermiştir. Temyiz Mahkemesi [T.'nin] yukarıda bahsedilen kararının uygun gerekçelere dayalı olmadığına inanılmasına ilişkin bir unsurun bulunmadığına karar vermiştir. Şehir Mahkemesi aynı duruşmada alınan kararında...[S.S.'nin] tanık olarak incelenmesinde hiçbir sakınca görmemiştir. Temyiz Mahkemesi 20 Aralık 1993 tarihli kararında Şehir Mahkemesi kararını iptal etmemiştir.

Şehir Mahkemesi, [T.'nin] [M.H.] aleyhine yaptığı suçlamalara dayanarak söz konusu şahsı güvenin suistimal edilmesinden suçlu bulmuştur. Temyiz Mahkemesi yukarıdaki kararında ... [M.H.'yi] beraat ettirmiştir; ancak Şehir Mahkemesinin zarar ziyan ödeme yükümlülüğüne ilişkin kararını kabul etmiştir. Temyiz Mahkemesi, bu anlamda [T.'nin] [M.H.'yi] tanık olarak incelenmesini engellemek üzere suçladığına inanılmasına yol açacak unsurların bulunmadığını ifade etmektedir.

[T'ye yüklenen fiil] kanıtlanmış değildir.

[Başvuranın] [T.'ye] hakaret oluşturacak şekilde eleştirisini ortaya koymasına rağmen söz konusu fiili kasti olarak gerçekleştirdiğine dair neden bulunmamaktadır. [Başvuran] müvekkilinin menfaatlerini korumak adına [S.S.'nin] tanık olarak dinlenmesini engelleme ve güvenilirliğine ilişkin unsurları sunma girişiminde bulunmuştur. [Başvuran] prensipte savcıcıyı eleştirme ve savcının yanlış şekilde davrandığına ilişkin kaygısını dile getirme hakkına sahiptir. [Başvuranın] suçunun değerlendirilmesinde, eleştiriyeye ilişkin gerekçelerin değerlendirilmesine yeterli özenin gösterilmemesinin haricinde sonuca ulaştırıcı farklı bir neden ortaya konulmamıştır. Bu nedenle Temyiz Mahkemesi [başvuranın] bilgisine aykırı fiil sergilemediği sonucuna ulaşmaktadır. Ancak ifadelerinin niteliği itibarıyla hakaret içerdiğini ve [T.'yi] hakarete maruz bıraktığını ve resmi görevlerini ya da kariyerini engellediğini fark etmiş olması gerekmektedir..."

- 18.** Hem T. hem de başvuran Yüksek Mahkemeye başvurmuşlardır. 15 Şubat 1996'da (Korkein oikeus 1996:17) nihai oy hakkına sahip yargıç Tulenheimo-Takki'ni içeren beş hakimden kurulu oda olarak faaliyetini sürdüren Temyiz Mahkemesi, Yüksek Mahke-

menin gerekçelerini kabul etmekle beraber suçun cüzi niteliğini göz önünde bulundurarak başvuranın mahkumiyetini reddetmiştir. Bunun yanında verilen para cezası kaldırılmıştır; ancak zarar ziyan ödeme yükümlülüğü onaylanmıştır. Hakim Krook ve Vuori, Temyiz Mahkemesinin kararının bütünüyle kabul edilmesi yönünde oy kullanırken; Hakim Lehtimaja ve Portin başvuranın beraat ettirilmesi gerektiğini ve zarar ziyan ödeme yükümlülüğünden kurtarılması gerektiği sonucuna varmışlardır. Yargı Süreci Kanunu'nun (*Oikeudenkäymiskaari, Rättegångs Balk*) Bölüm 23 Madde 24'ü çerçevesinde düzenlenen oylama usulüne göre, başvuranın cezalandırılmasından yana olan hakimlerin çoğunluğu oluşturduğu düşünülmekte olup, bu çoğunluk içerisindeki iki görüşten daha ılımlı olanı baskındır. Hakim Portin'in onay verdiği hakim Lehtimaja'nın görüşü aşağıdaki temele dayanmaktadır:

“Bu dava bir yandan davada sanığın savunma avukatının ifade özgürlüğü ile ilişkilidir; diğer yandan savcının resmi fiillerinin eleştiri sınırının cezayı gerektiren suç olarak kabul edilmesi hakkındadır.

Müvekkilin menfaatlerinin gerekli kıldığı ölçüde savunma avukatının ceza tehdidi ile karşılaşmaksızın savcının resmi fiillerinin eleştirisi hususunda bağımsız olması, adil duruşmanın özünde yer almaktadır. Bu husus, hukuk devleti niteliği taşıyan Avrupa ülkelerinde insan haklarının temel ilkesi olarak kabul edilmektedir. Savunma avukatının ifade özgürlüğünün bu tür şartlar altında kabul edilebilir sınırlar ötesinde kısıtlanması halinde, ... ilke [anlamını yitirmektedir.] Söz konusu ifade özgürlüğünü kısıtlayan yasal hükümler bu nedenle sınırlı çerçevede yorumlanmalıdır. Aynı çerçevede, bir savcının kamuya açık duruşmada resmi fiillerine yapılan sert eleştiriye bile tolerans göstermesi beklenilebilir. Bu, savcının görevinin niteliğine bağlıdır.

*[Başvurana]yüklenen fiil*

Temyiz Mahkemesinin gerekçesi çerçevesinde, [başvuranın] [T.'yi] rencide etme ya da bilgisine aykırı fiil sergileme amacı gütmeyen kanı-sındayım. Soru ... bu nedenle tarafına Temyiz Mahkemesi tarafından yüklenen hakaret konusunda suçlu olup olmadığıdır.

[Başvuran], söz konusu duruşmada [savcı tanığının] erkek kardeşi aleyhine tanıklık yapmaktan azledilme talebini müvekkilinin menfaatlerini göz önünde bulundurarak sunmuştur. Bu amaç çerçevesinde, [başvuran] suçlama yöneltme hususunu göz önünde bulundurarak [T.'nin] ...görev manipulasyonu hususundaki şüphesini dile getirmiştir. [Başvuran] özellikle söz konusu fiilin görüşüne göre Finlandiya hukuku ile çeliştiği ve bu anlamda ...savcının görevlerini ihlal ettiği gerçeğinin vurgulanmasını gerekli görmüştür. [Başvuran] müvekkilinin savunma avukatı olarak söz konusu fikirleri ifade etme hakkına sahiptir ve [T.] savcı sıfatıyla söz konusu eleştiriye tolareans göstermek zorundadır. [T.] davanın taraflarından birisi olarak [başvuranın] ifadelerine karşılık verme ve temelsiz bulması halinde karşı tarafın kaygılarını reddetme fırsatına sahiptir.

Diğer yandan savunma avukatı sıfatıyla [başvuranın], [T.'nin] iddia edildiği şekilde fiil sergileyerek iş yerinde muhtemel bir suç işlemiş olup olmadığı hususunda fikir beyan etmesi gerekli değildir. ... Bu anlamda [başvuranın] ifadelerinin uygunsuz olduğu kanısındayım.

#### *Hakareti oluşturan unsurlar*

[Başvuran] gerçekten hakaret suçu işlemiş midir? Bu hüküm çerçevesinde söz edilen şartlar çerçevesinde bir şahsın “belirli bir suçu” işlemiş olduğunun iddia edilmesi, Ceza Kanunu'nun Bölüm 27 Madde 2'si çerçevesinde yer alan unsurların ifası için yeterli midir? – ya da iddia olunan suçun söz konusu şahsı “hakarete maruz bırakması ya da mesleki yaşamına ya da kariyerine zarar vermesi” de mi gereklidir? Hüküm dilsel olarak farklı yorumlara açıktır. Temyiz Mahkemesi, söz konusu şahsın ifadelerini yalnızca [T.'yi] hakarete maruz bırakması ya da mesleki yaşamına ya da kariyerine zarar vermesi halinde fiili cezayı gerektiren suç olarak kabul ederek sanığın lehine olan yorumu tercih etmiştir. Söz konusu suçun geniş tanımı göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir suç iddiasının ... bu hükümde ifade edilen rencide edici sonuçları doğurması için yeterli olmadığını düşünmek makul değildir. Hakaret tanımının yerine getirilmesi için söz konusu davada... suç...iddiasının rencide edici sonuç doğurduğuna ilişkin kanıt da gereklidir.

#### *Suç iddiasının rencide edici doğasının değerlendirilmesi*

Sanığın savunma avukatının görevinin suçlamada bulunmak için savcı kararının göz önünde bulundurulmasını içerdiği bilinen bir gerçektir... Özellikle avukatın müvekkiline yapılan suçlamalar reddedildiğinde

ise bu husus neredeyse bir kuraldır. Bunun yanında avukat tarafından kullanılan ifadelerin sert ve avukatın görüşünün bilhassa subjektif olması da bilinen gerçekler arasındadır. Bu nedenle duruşmada yer alan kamu, genellikle tarafların birbirlerine yönelttikleri eleştiri hususunda ihtiyatlı bir tavır sergilemektedir. İfadede bulunan şahıslar hukuk eğitimi almış olsalar dahi tüm eleştiriler olduğu gibi algılanmamaktadır da.

[Başvuran], [T.'nin] iddia olunan görev manipulasyonu hakkında [T.'nin] ifa etmediği bir fiili gerçekleştirdiğini öne sürmemiştir. Bunun yerine, kararlarının uygunluğunu sorgulamıştır... [Başvuran] [T.'nin fiillerinin] gerçek amacının fiillerin ifade edilen gerekçesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir. Bu temel çerçevesinde, [başvuran] [T.'nin] resmi fiillerinin yasadışı nitelik taşımadığını ve müvekkiline kasten zarar verdiğini düşündüğünü belirtmiştir. [Başvuranın] fiileri, koşulsuz doğası ve düzenlemesine rağmen [T.'nin] söz konusu fiili ortaya koymasına ilişkin [kendil] kaygıları olarak anlaşılmaktadır.

### *Sonuç*

Yukarıda ifade edilen görüşlerin ışığında, [başvuranın] [T.'nin] görev yerinde suç işlemiş olduğu iddiasının [onu] Ceza Kanunu Bölüm 27, Madde 2 § 1 kapsamında hakarete maruz bırakabileceğini ya da mesleki yaşamına ya da kariyerine zarar verebileceğini düşünmüyorum. Bu nedenle [başvuranın] hakaret suçu işlemiş olduğuna dair kanıt ortaya koymadığını düşünüyorum.... Temyiz Mahkemesinin kararını iptal ederek [başvuran] aleyhine olan suçlamaları ve tazminatı reddedeceğim.

### *Masraflar*

Mahkeme masraflarına ilişkin olarak davanın sonucuna rağmen, [başvuran] ifadelerin uygunsuz niteliğine bağlı olarak [T.'nin], aleyhine dava açma sebebini ortaya koymuştur. Olgular göz önünde bulundurulduğunda, yine de ... her iki tarafın da kendi masraflarını üstlenmeleri gerektiğini düşünüyorum.”

## **II. GEÇERLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA**

19. Söz konusu sürede yürürlükte olan Ceza Kanunu'nun Bölüm 27 Madde 2'si uyarınca, bir şahsın bilgisi dışında olmasına rağmen bir suç işlediğini iddia eden şahsın iddiayı destekler olası bir gerekçe ortaya koyamaması halinde, hakarettten suçlu bulunmalıdır.

20. 531/2000 no. lu Kanun ile değiştirilen yürürlükteki Ceza Kanunu'nun Bölüm 24, Madde 9 § 2'si bir şahsın siyasi ya da ticari faaliyet, kamu görevi ya da faaliyeti, bilimsel, sanatsal ya da benzer kamu faaliyeti kapsamında sergilemiş olduğu fiile ilişkin eleştiri ortaya konulması ve söz konusu eleştirinin açıkça kabul edilebilir fiil sınırlarını aşmaması halinde, fıkra 1 kapsamında hakaret olarak kabul edilmeyecektir.
21. Hukuki Süreç Kanunu'nun Bölüm 15, Madde 10a'sı çerçevesinde, mahkeme uygunsuz hukuki temsilcinin huzuruna çıkmaması gerektiği emrini verebilir. Mahkeme, bunun yanında benzer gerekçelere dayanarak yasal dayanaklı program çerçevesinde eğitim görmüş avukatın atanmasını iptal edebilir (Bedelsiz Muameleler Kanunu bölüm 14).

### III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE UYGULAMA

#### A. Interights Görüşleri

22. Müdahil, Avrupa Konseyi üye devletleri (Belçika, Danimarka, Fransa, Fransa, İtalya, Hollanda, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık) ve diğer Devletler (Avustralya, Kanada ve Güney Afrika) kapsamında yapmış olduğu incelemeler neticesinde, çoğunluğunun mahkemede müvekkillerinin temsili esnasında ortaya konulan ifadeler konusunda avukatlara imtiyaz tanıdıkları sonucunda ulaşmıştır. Söz konusu imtiyazın kapsamı ve uygulanması yargı yetkileri arasında farklılık göstermesine rağmen, her inceleme yapılan Devlet bir avukatın kendisini ifade etme yetkinliğinin avukatın müvekkili savunma yükümlülüğü ile yakın bağlantı içerisinde görmektedir. İddia çerçevesinde hakaret içeren ifadeler, avukatın gerçekliğinden şüphe duyulacak olgulara dayanacak şekilde en etkin çerçevede savunma yapmasına olanak tanımaktadır. Örneğin Hollanda'da savcının takdir yetkisini suistimal ettiğine dair iddialar, genel anlamda savunma avukatları tarafından öne sürülmektedir. Potansiyel olarak tamamen dayanıksız olan söz konusu iddialar dikkate alınmamaktadır.
23. Mahkemede avukat ifadelerine ilişkin kısıtlamalara izin verildiği ölçüde, Interights tarafından incelenen yargı alanlarının çoğu,

genellikle cezai yaptırımlar hakkında disiplin tedbirleri kullanılmaktadırlar. Bu husus, müdahil açısından, Madde 10 kapsamında Mahkeme tarafından atılan adımı yansıtabilir; şöyle ki nispeten hafif cezai yaptırım uygun ve ölçülü eleştiri hakkında bile caydırıcı etkiye yol açabilir (bakınız örneğin *Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda*, 25 Haziran 1992 kararı, Seri A no. 239).

24. Cezai yaptırımlara teoride izin verilmesi halinde, müdahil tarafından incelenen çoğu yargı alanında pratikte nadiren kullanılmaktadırlar ve yalnızca ekstrem şartlarda ve ihmale karşı niyetin ortaya konulabildiği durumda kullanılmaktadırlar. Avukatın ifadelerinin prensipte kısıtlamaya tabi olduğu durumda dahi, genellikle ifadenin yalnızca hakaret içerdiği değil; bunun yanında dava ya da taraflarla tamamen ilgisiz olduğu durumda uygulanmaktadırlar.
25. Bunun yanında, neredeyse müdahil tarafından incelenen tüm alanlar, savcının, katılanın ve hakimın müdahili rolleri arasında temel farklılık gözetmektedir. Bu ayırım, genellikle savcı hakkında eleştiri niteliği taşıyan ifadeler hakkında yüksek bir koruma sağlamaktadır.
26. Müdahilin çıkarımına göre, incelenen yargı alanlarının çoğunda savunma avukatının savcının davayı ele alış tarzını eleştirmesi ya da savcının takdirini suistimal ettiğini ortaya koyması sonucunda cezai takibata maruz kalması olası değildir. Bu olgular çerçevesinde cezai takibat başvurusu gerekli görülmeyecektir.

## **B. Uluslararası kuruluşlar tarafından kabul edilen ilkeler**

27. Avukatların Görevi hakkında Temel İlkelerin 20. Fıkrasına göre (1990'da Suçun Engellenmesi ve Suçlu Muamelesi hakkında Sekizinci Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilen), “avukatlar mahkeme ya da diğer yasal ya da idari makamlar huzurunda mesleki icralarında yazılı ya da sözlü savunmalarında ortaya koydukları ifadelerle ilişkin olarak şahsi ya da cezai dokunulmazlıktan” yararlanmalıdırlar.
28. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı (2000) 21 çerçevesinde Üye Devletlerin Hükümetlerine avukatın mesleğini icra etme özgürlüğünün uygulanmasına yönelik olarak gerekli



gördükleri tüm tedbirleri almalarını ya da sağlamlaştırmaları önerilmektedir. Örneğin “avukatlar mesleki standartları uyarınca fiil sergileme esnasında yaptırım ya da baskı tehdidinde maruz kalmamalıdır.” Ancak avukatlar “mahkemeye saygı duymalı ve mahkemeye karşı görevlerini mesleki standartlara ilişkin iç hukuk kararları ve diğer kararlar ile uyumlu çerçevede yerine getirmelidirler.” (I:4 ve III:4 ilkeleri).

## KANUN

### I. SÖZLEŞME MADDE 10'UN İDDİA EDİLEN İHLALI

**29.** Başvuran savunma avukatı olarak kendisini özgürce ifade etme özgürlüğünün savcı T.'ye hakaret etmek ile suçlanması açısından ihlal edildiği hususunda şikayetini dile getirmiştir. Bu anlamda Sözleşmenin Madde 10'unun kapsamını dayanak olarak göstermiştir; ilgili bölüm aşağıdaki hususları öngörmektedir:

“1. Herkesin ifade özgürlüğü vardır. Söz konusu hak, idari makamın müdahalesi olmaksızın fikir oluşturma ve ... bilgi ve fikir sunma özgürlüğünü içermektedir..

2. Söz konusu özgürlüklerin icrası, yükümlülük taşıdığından, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ya da kamu güvenliği yararına, karışıklık ya da suçun engellenmesi, sağlık ya da ahlakın korunması, diğer şahısların itibarının ya da haklarının korunması, gizli bilginin ifşasının önlenmesi ya da mahkemenin yetkisinin ya da tarafsızlığının korunması amacıyla kanunun öngördüğü şekilde ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu şekilde birtakım düzenlemelere, şartlara, kısıtlamalara ya da cezalara tabi olabilirler.”

#### A. Müdahale Hali

**30.** Dava katılımcıları başvuranın mahkumiyetinin ifade özgürlüğü hakkına müdahale anlamını taşıdığı hususu üzerinde mutabık kalmışlardır. Mahkeme farklı bir hüküm verme gereği görmemektedir.

## B. Müdahalenin gerekçelendirilmesi

**31.** Bir müdahale “kanun tarafından öngörülmedikçe” Madde 10’un ihlali anlamına gelmektedir, Madde 10 fıkra 2 çerçevesinde ifade edilen bir ya da daha fazla yasal amaca ilişkindir ve söz konusu amacın ya da amaçların elde edilmesi için “demokratik bir toplumun gereğidir.”

### 1. “Kanunda öngörülen”

**32.** Başvuran Ceza Kanunu’nun iç mahkeme ifadesine –savunma avukatının asliye mahkemesine sunduğu görüşlere dahi uygulanabilmesi- karşı çıkmıştır.

**33.** Hükümet başvuranın geçerli Ceza Kanunu Bölüm 27, Madde 2 uyarınca hakaretten suçlu bulunduğunu ifade etmiştir. Söz konusu davada ifade edilen hükmün ifadesi, hiçbir şekilde ihtiyari değildir ve müdahale bu anlamda “kanun tarafından öngörülmüştür.”

**34.** Mahkeme, müdahalenin geçerli Ceza Kanunu’nun Bölüm 27, Madde 2’sinin makul ifadesine dayalı olduğunu kabul etmektedir. Bu anlamda “kanun tarafından öngörülmüştür.”

### 2. Yasal amaç

**35.** Başvuran müdahalenin Madde 10 § 2’de sıralanan yasal amaçların hiçbirisine hizmet etmediğini öne sürmüştür.

**36.** Hükümet görüşüne göre, müdahale savcı T.’nin itibarının ve haklarının korunmasına ilişkin yasal amaca hizmet etmiştir ve mahkemenin ve bir bütün olarak adli sistemin korunması amacını taşımaktadır.

**37.** Mahkeme başvuranın savunma avukatı olarak ifadesinde T.’nin belirli bir şahsı suçlama kararını eleştirerek başvuranın müvekkilinin söz konusu şahsı tanık olarak engellemiş olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanında, savcının farklı bir şahsı suçlamama kararını eleştirmiştir; bu nedenle müvekkili aleyhine tanıklık edebilmiştir. Başvuran söz konusu iki kararı “görev manipülasyonu” –ifade etmiş olduğu Norveç örneğinde yer alan bir terim olarak tanımladığı dava stratejisinin bir parçası olarak değerlendirmiştir.

**38.** Mahkemenin T. Tarafından özel savcı sıfatıyla açılan şahsi davanın mahkemenin korunmasına ilişkin yasal amaca hizmet edip etmediği hususunda karar alması yönünde bir gereklilik yoktur; çünkü Mahkeme müdahalenin her durumda T.'nin itibarının ve haklarının korunmasını içeren yasal amaca yönelik olduğunu kabul edebilir.

3. *“Demokratik bir toplumun gereği”*

**(a) Tarafların görüşleri**

**39.** Başvuran söz konusu müdahalenin “gereklilik” yükümlülüğünü karşılamamış olduğunu savunmuştur. Hakarettten suçlu bulunmasına ilişkin eleştiri uygundur ve itiraz edilmeyen gerçeklere dayalıdır. Savunma avukatı karşı tarafın duymak istemeyeceği gerçek ifadeleri ortaya koyma hususunda özgür olmalıdır. Madde 10 idari makam müdahalesine ve suçlunun savunmasının gerçekleştirilme usulü çerçevesinde bu tür müdahale tehdidine karşı çıkacak şekilde yorumlanmalıdır.

**40.** Hükümet yukarıdaki amaçların gerçekleştirilmesi için müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” görülebileğini kabul etmiştir. Yasal sistemlerin yalnızca küçük bir örneğine dayalı olduklarını – bazıları Avrupa sistemi değildir- öne sürerek müdahil tarafından çıkarılan sonuçları kabul etmemişlerdir. İfade özgürlüğünün ifası, Avrupa Konseyi üye ülkelerine sunulan Tavsiye Kararı (2000) 21 çerçevesinde vurgulandığı üzere özel yükümlülükler ve görevler taşımaktadır. Başvuranın ifadeleri genel anlamda bilgi ve fikir sunma amacıyla değil savunma avukatı sıfatıyla ortaya konulmuştur. Baro üyesi olmayan Başvuran söz konusu kurum içerisinde olası disiplin muamelelerine tabii değildir. Bu nedenle, hakkında Ceza Kanunu'nun uygulanmaması, ona Baro üyeleri ile kıyaslandığında imtiyazlı bir konum verecektir.

**41.** Hükümetin görüşüne göre savcılar adli mekanizmanın en geniş anlamda bir parçası oluşturduklarından, mahkemeler gibi kamunun güveninden yararlanmalıdırlar. Ana hukuki göreve ilişkin olarak, üyelerinden yargının uygun şekilde yönetime katkılarını beklemek ve böylece söz konusu çerçevede kamu güvenini sağlamak da yasaldır. Kamu görevlilerinin kabul edilebilir eleştiri sı-

nırları hakiki şahsa ilişkin olandan daha geniş olmasına rağmen, ulusal mahkemeler, hukuk mesleğinin itibarı dahil olacak şekilde tehdit altındaki farklı menfaatler arasında denge kurulması anlamında daha iyi şekilde yapılandırılmışlardır.

42. Hükümet başvuranın T.'nin savcı sıfatıyla resmi görevlerine aykırı davranmış olduğunu; böylelikle mesleki bir suç işlediğini iddia etmesine bağlı olarak suçlu bulunduğunu yinelemiştir. Söz konusu iddia, başvuranın müvekkilinin savunması açısından ne gereklidir ne de yardımcı bir unsur niteliği taşımaktadır. Ortak suçlunun avukatı ise başvuranın erkek kardeşinin tanık olarak dinlenmesine karşı çıkmıştır; bu anlamda savcı T.'nin görev yerinde suç işlediği iddialarına başvurulmamıştır; fiili “kasti” ya da “takdirin açık suistimali” olarak tanımlanmamış; ya da “kasten yanlış suçlamada bulunmakla” suçlanmamıştır; başvuranın duruşmadan önce hazırlamış olduğu birkaç sert ifade dışında beyanda bulunmamıştır; bu anlamda hararetli sözlü tartışma esnasında ortaya konulan ifadeler olarak kabul edilemez. Başvuran iddialarının doğruluğunu ispatlamış olabilseydi, T. hapse mahkum edilebilecek ve işine son verilebilecekti.
43. Hükümet, kamu çalışanı tarafından ya da kamu adına başlatılan şahsi dava biçimindeki hakaret davası tehdidinin uygun nitelikli eleştiri sunmak isteyen avukatın ifade özgürlüğü üzerinde engel teşkil edici bir unsur oluşturabileceğini kabul etmiştir. Ancak söz konusu şartlar altında ifade edilen müdahale, yasal amaca aykırı bir nitelik taşımamaktadır; herhangi bir ceza ile sonuçlanmaksızın yalnızca iddia niteliği taşımakla kalmıştır; bu nedenle yerel mahkemeler takdir haklarını aşmamışlardır.

### **(b) Mahkemenin değerlendirmesi**

#### (i) Genel ilkeler

44. Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken, söz konusu davada başvuran aleyhine ortaya konulan ifadelerin içeriği ve öne sürüldüğü çerçeve de dahil olmak üzere, davada tekzip edilen müdahaleyi davanın bütününe göz önünde bulundurarak incelemek zorundadır. Özellikle söz konusu müdahalenin “yasal amaçlara orantılı olup olmadığı” ve ulusal yetkililer tarafından

ileri sürülen gerekçelerin “uygun ve yeterli olup olmadığı” belirlenmesi zorunludur. Mahkeme bu anlamda ulusal makamların Madde 10’da ortaya konulan ilkelerle uyumlu standartları uygulayıp uygulamadıkları ve dahası ilgili gerçeklerin değerlendirilmesini göz önünde bulundurup bulundurmadıkları hususunda ikna olmalıdır.

45. Mahkeme avukatların özel statüsünün, kamu ve mahkemeler arasında aracı konumu ile adaletin yönetiminde merkezi bir konum getirdiğini yinelemektedir. Söz konusu statü Baro üyelerinin fiilleri üzerindeki genel kısıtmalara ilişkin açıklama getirmektedir. Üstelik mahkemeler –hukuk devletinde temel role sahip adalet garantörleri- kamunun güvenini elde etmelidirler. Avukatların bu alandaki ana rollerine ilişkin olarak, adaletin uygun yönetimine katkı sağlamalarını; bu anlamda söz konusu alanda kamu güvenini korumalarını beklemek haklı bir beklentidir. (daha fazla bilgi için bakınız *Schöpfer v. İsviçre*, 20 Mayıs 1998 Kararı, *Reports of Judgments and Decisions (Hükümler ve Kararlar hakkında Raporlar)*1998-III, s. 1052-53, §§ 29-30).
46. Mahkeme aynı zamanda Madde 10’un yalnızca ifade edilen fikirlerin ve bilgilerin içeriğini değil, bunun yanında aktarılma şekli de koruduğunu tekrar etmektedir. Avukatların adaletin yönetiminde kamuda kesin ifadede bulunma hakları bulunurken, eleştirileri belirli sınırları aşmamalıdır. Bu anlamda muhtelif menfaatler arasında denge kurulması gerekliliğine gereken önem verilmelidir; kamunun yargı kararlarından kaynaklanan sorular hakkında bilgi alma hakkı, adaletin uygun yönetim gereklilikleri ve hukuk mesleğinin itibarı bu kapsamdadır. Ulusal yetkililerin müdahale gerekliliğinin değerlendirilmesinde belirli takdir hakları mevcuttur; ancak söz konusu hak hem ilgili kurallar hem de bunların uygulanmasını sağlayan kararlar hakkında Avrupa denetimine tabidir (bakınız *Schöpfer* –yukarıda bahsedilen- s. 1053-54, § 33). Ancak söz konusu alana ilişkin olarak mevcut davada ulusal yetkililere geniş takdir yetkisi verilmesini gerektirecek özel hususlar bulunmamaktadır- söz konusu hususlara ilişkin olarak üye devletler arasında açık bir ortak temel eksikliği ya da ahlaki kavramların çeşitliliğinin göz önünde bulundurul-

ması gibi (Örneğin bakınız *Handyside v. Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 kararı, Seri A no. 24 hakkında daha geniş bilgi içeren *The Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1)*, 26 Nisan 1979 kararı, Seri A no. 30, s. 35-37, § 59).

(ii) Yukarıda ifade edilen ilkelerin söz konusu davaya uyarlanması

- 47.** Mevcut davanın olguları çerçevesinde, Mahkemenin görevi her şartta Sn. Nikula'nın ifade özgürlüğünün "baskın sosyal ihtiyaca" cevap verip vermediğinin, "yasal amaca hizmet edip etmediğinin" ve ulusal mahkemeler tarafından öne sürülen gerekçelerin "uygun ve yeterli" olup olmadığının belirlenmesidir.
- 48.** Kabul edilebilir eleştiri sınırları bazı şartlarda kamu görevlilerinin yetkilerini kullanmaları hakkında hakiki şahıslarla kıyaslandığında daha geniş olabilir. Ancak kamu görevlilerinin kasten her ifade ve fiillerini politikacı düzeyine yakın denetime açık hale getirdikleri ve bu nedenle fiillerinin eleştirisine ilişkin olarak söz konusu şahıslarla aynı temelde değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilemez. Kamu görevlileri görevlerinde başarı sağlayabilmek için karışıklıktan uzak koşullar altında kamu güveninden yararlanmalıdırlar. Bu nedenle görev başındayken rencide edici ve taciz edici sözlü saldırılardan korunmaları gerekli olabilir (daha fazla bilgi için bakınız *Janowski v. Polonya* [GC], no. 25716/94, § 33, ECHR 1999-I). Söz konusu davada ilgili koruma gerekliliklerinin basın özgürlüğü ya da kamuyu ilgilendiren hususların açık tartışılmasına ilişkin menfaatlerle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerekmemektedir; çünkü başvuranın ifadeleri söz konusu kapsamda ortaya konulmamıştır.
- 49.** Mahkeme belirli şartlar altında avukatın duruşma esnasındaki ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin aynı zamanda Sözleşmenin 6. Madde'si çerçevesinde suçlu müvekkilin adil duruşma hakkı elde etme hakkına ilişkin bir husus doğuracağı olasılığını da göz önünde bulundurmıştır. "Silahların eşitliği" ve diğer hak-kaniyet hususları da bu nedenle taraflar arasında özgür ve hatta daha güçlü argüman değişimine etki etmektedir. Mahkeme buna rağmen başvuranın savunma avukatının ifade özgürlüğünün sınırsız olması gerektiğine ilişkin argümanını reddetmektedir.

- 50.** Söz konusu başvuran suçlulardan birisini savunduğu ceza davası taraflarından birisi sıfatıyla alınan kararlar hususunda bir savcıcı eleştirdiği için suçlu bulunmuştur. Mahkeme, savcının suçlunun muhalifi ve hakimin (bakınız yukarıda ifade edilen fıkra 25) rolleri arasında birçok Akit Devletteki farklılığı yinelemektedir. Genel anlamda, söz konusu farklılık suçlunun hakime ya da mahkemeye yapılan sözlü saldırı karşısında bir savcıcı eleştirirken kullanmış olduğu ifadeler için yüksek koruma sağlamalıdır.
- 51.** Başvuranın savcı T.'yi yasadışı fiil hususunda suçladığı doğrudur; ancak söz konusu eleştiri T. tarafından kasıtlı olarak tercih edilen dava stratejisine yöneltilmiştir -duruşmadan önce almış olduğu ve başvuranın görüşüne göre "resmi görevlerini ihlal eden görev manipülasyonu..." oluşturan iki spesifik karar. Bazı şartlar uygunsuz olmasına rağmen, başvuranın müvekkili aleyhine yapılan dava kapsamında söz konusu eleştiri T.'nin genel mesleki ya da diğer özellikleri yerine T.'nin savcı olarak performansı ile sınırlıdır. T. söz konusu usul kapsamında başvuran tarafından savunma avukatı sıfatıyla yapılan ciddi eleştiriye tolerans göstermek zorunda kalmıştır.
- 52.** Üstelik Mahkeme başvuranın ifadelerinin bir hakim ya da savcı aleyhine örneğin medyada dile getirilen eleştiri yerine mahkeme ile sınırlı kaldığını dile getirmektedir (bakınız yukarıda ifade edilen *Schöpfer*, s. 1054, § 34, and *Prince v. Birleşik Krallık*, no. 11456/85, 13 Mart 1986 tarihli Komisyon kararı, Decisions and Reports (Kararlar ve Raporlar) 46, p. 222). Mahkeme, başvuran tarafından savcı aleyhine yapılan eleştirinin kişisel hakaret içeren usul niteliği taşımadığını düşünmektedir (bakınız *W.R. v. Avusturya*, no. 26602/95, 30 Haziran 1997 tarihli Komisyon kararı (rapor edilmemiş); savcı hakimin kararını "anlamsız" olarak nitelendirmiştir, ve *Mabler v. Almanya*, no. 29045/95, 14 Haziran 1998 tarihli Komisyon kararı (rapor edilmemiş); avukat savcının iddianame taslağını "tamamen bilinçsiz şekilde" hazırlamış olduğunu iddia etmiştir.
- 53.** Mahkeme, ayrıca başvuranın Baro üyesi olmamasına ve disiplin usullerine maruz bırakılmamasına rağmen, yerel mahkeme tarafından gözetim ve yönetime tabi tutulduğunu yinelemektedir.

Savcı T.'nin söz konusu tanığın dinlenmesine ilişkin savunma usulü reddi hakkında karara varılması dışında mahkeme başkasına başvuranın eleştirisine tepkide bulunulması talebi sunmasına ilişkin bir kanıt mevcut değildir. Şehir Mahkemesi söz konusu itirazın reddi ile sınırlandırılmıştır; mahkeme başkanı ise başvurunun savunmasını yorumlayabilir ve söz konusu şahsı savcıdan alınamak bu amaca ilişkin talep yokluğunda dahi paylayabilirdi. Şehir Mahkemesi yasal plan çerçevesinde avukat görevlendirilmesini iptal edebilir ya da duruşma esnasında avukat sıfatıyla yer almasına karşı çıkabilirdi. Bu bağlamda, Mahkeme mahkemelerin ve mahkeme başkanının davayı tarafların uygun fiillerini sağlayacak şekilde ve duruşmanın adil niteliğinin üzerinde yönlendirme görevini vurgulayacaktır –sonraki duruşmada tarafın mahkemede sunduğu ifadeleri incelemek yerine-

- 54.** Savcı T. tarafından açılan şahsi davayı takiben, başvuranın yalnızca ihmale dayalı hakarettten suçlu bulunmuş olduğu doğrudur. Keza Temyiz Mahkemesinin şahsın suçunun cüzi niteliğini göz önünde bulundurarak mahkumiyetinden feragat etmiş olduğu da bir gerçektir. Verilen para cezası bundan dolayı kaldırılmış olmasına rağmen, zarar ziyan ödeme yükümlülüğü geçerli kalmıştır. Yine de avukatın karşı taraf aleyhine yaptığı eleştiriye dair *ex post facto* (makabline şamil) değerlendirme hakkında cezai takibat tehdidinin –şüphesiz savcıya ait olarak göz önünde bulundurulması gereken– savunma avukatının müvekkilinin menfaatlerini gayretle savunma görevi ile uyumlu olması zordur. Bunun takibinde yargıçlar kurulunun denetimine tabi olarak nispeten cüzi cezanın ya da uğranılan zarar ya da masraflara ilişkin yükümlülüğün potansiyel “caydırıcı etkisinden” etkilenmeksizin savunma argümanının yararının ve uygunluğunun değerlendirilmesinin esasen avukatın görevinin olması gerektiği ifadesi öne sürülmüştür.
- 55.** Bu nedenle yalnızca istisnai durumlarda savunma avukatının ifade özgürlüğünün kısıtlanması –ölçülü bir ceza yoluyla dahi- demokratik bir toplumda gerekli görülebilir. Hem Savunma Avukatının Vekilinin başvuranın suçlanmaması yönündeki kararı hem de Yüksek Mahkemenin azınlığı teşkil eden kararı ışığında söylenebilir ki ulusal merciler aynı zamanda söz konusu müdahaleye



ilişkin yeterli gerekçelerin varlığı üzerinde mutabık kalmaktan uzaktırlar. Mahkemenin görüşüne göre söz konusu gerekçelerin varlığı ispatlanmamıştır ve Sayın Nikula'nın ifade özgürlüğü bu anlamda "baskın sosyal ihtiyaca" cevap verememiştir.

- 56.** Mahkeme, söz konusu şartlar çerçevesinde Sözleşmenin Madde 10'unun başvuranın mahkumiyetini onaylayan ve zarar ziyan ödemesi yapmasını emreden kararı açısından ihlal edilmiş olduğu ve masrafların elde edilmesi amaçlanan hedefle uyuşmadığı sonucuna varmıştır.

## **II. SÖZLEŞMENİN MADDE 17 VE 18'İNİN İDDİA OLUNAN İHLALİ**

- 57.** Başvuran başvurunun kabul edilebilir olduğu ilan edildikten sonra Sözleşmenin Madde 17 ve 18'i çerçevesinde şikayetini sürdürmemiştir ve Mahkeme hükümlerin herhangi birisinden kaynaklanan ayrı bir husus görmemektedir.

## **III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİ'NİN UYGULANMASI**

- 58.** Sözleşmenin 41. Maddesi tarafından aşağıdaki ifade öngörülmektedir:

"Mahkemenin Sözleşmenin ya da Protokollerinin ihlal edildiği sonucuna varması ve ilgili Yüksek Akit Tarafın iç hukukunun yalnızca kısmi tazminata olanak tanınması halinde, Mahkeme gerekli olması durumunda mağdur tarafın adil tazminini karşılayacaktır."

### **A. Zarar**

- 59.** Başvuran 27 Şubat 1996 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde T.'ye zarar ödeme yükümlülüğünden kaynaklanan maddi zarar hakkında 4,464 markkas (FIM) (750.80 euros (EUR)) tutarında ve masraflarına ilişkin olarak ise FIM 8,000 (EUR 1,345) tutarında tazminat talebinde bulunmuştur - toplam FIM 14,480 (EUR 2,345) meblağa tekabül etmekte olup % 13 faiz içermektedir.
- 60.** Başvuran ayrıca zarar ve iş kaybı tazminine ilişkin olarak 15 Şubat 1996'dan itibaren geçerli olan % 13 oranında faiz içeren FIM 800,000 (EUR 134,550) meblağ talebinde bulunmuştur. Söz ko-

nusu şahsın davasında Yüksek Mahkemenin kararı ilan edilmiş ve mesleki çevreye olduğu kadar olası müvekkillere de duyurulmuştur. Dava aynı zamanda medya ve akademik çevrelerde de büyük ilgi ile karşılaşmıştır. Sonuç olarak başvuran söz konusu iddiaya göre mesleki gelişim hususunda ve Baro üyeliği başvurusu hususlarında engellenmiştir. Bunun yanında kamu görevlisi olarak görev edinme şansından da yoksun bırakılmıştır. Hakaretten suçlu bulunmasının yedi yıldan daha uzun süredir devam etmekte olan mesleki zarara yol açmış olduğunu iddia etmiştir.

61. Hükümet, Mahkemenin Sözleşmenin Madde 10'unun ihlali yönünde karar vermesi halinde, yukarıda ifade edilen talebin aşırı nitelik taşıyacağı görüşündedir. Ancak başvuran Yüksek Mahkeme kararına göre ödemekle yükümlü kılınmış olduğu meblağı ödemek zorunda olduğundan, diğer iddia olunan maddi zarar ve Madde 10'un ihlali arasında nedensel bir bağ olamaz.
62. Mahkemenin söz konusu hükmün ihlal edildiğini öne sürmesi halinde, Hükümet de 30,000 FIM (EUR 5,042) tutarındaki manevi zarar tazminini ödemeye hazır olacaktır.
63. Mahkeme Madde 10'un ihlali ve savcı T. tarafından uğranılan zararın başvurana ait FIM 3,000 (EUR 505) tutarında tazmin ve masraflarına karşılık FIM 8,000 (EUR 1,345) ödeme yükümlülüğü arasında nedensel bir bağ bulunmuş olduğunu ifade etmektedir. Son olarak, Devlete FIM 300 (EUR 50) masraf ödemesi yapmakla yükümlü kılınmıştır. Başvuran Yüksek Mahkeme tarafından onaylanmış olan (bakınız yukarıda ifade edilen fıkra 17 ve 59) Temyiz Mahkemesinin 22 Ağustos 1994 kararında ifade edilen meblağı aşan zararlar ve masraflar hakkında tazmin talebinin gerekçelerini sunmamıştır. Mahkeme bu anlamda söz konusu şahıs için ifade edilen karar çerçevesindeki meblağı içeren düzenlemeyi yapmıştır (EUR 1,900).
64. Mahkeme, iddia olunan maddi zararın kalanı ve söz konusu ihlal arasında nedensel bir bağ kuramadığından zararın bu bölümünü reddetmektedir.
65. Mahkeme başvuranın ifade özgürlüğünün ihlalinin yalnızca ihlalin ortaya konulması ile tazmin edilemeyecek maddi nitelik taşı-

mayan zarara yol açtığı hususunu kabul etmektedir. Mahkeme hakkaniyet çerçevesinde değerlendirmede bulunarak bu nedenle söz konusu şahısa bu başlık çerçevesinde EUR 5,042 tutarında tazminat ödenmesine karar vermiştir.

## B. Masraflar ve giderler

66. Başvuran yerel dava masraflarına ilişkin olarak 22 Eylül 1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere % 16 faiz içeren FIM 15,000 (EUR 2,523) ile FIM 22,000 (EUR 3,700) tutarında tazminin yanında; 15 Mayıs 1996'dan itibaren geçerli olacak şekilde FIM 7,000 (EUR 1,177) tutarında faiz talebinde bulunmuştur. Ayrıca Temyiz Mahkemesinin Devlete ödemesi yönünde karar aldığı masraflara ilişkin olarak FIM 300 (EUR 50.46) tutarında tazminat talebinde bulunmuştur.
67. Başvuran, masraflarına ilişkin olarak aynı zamanda uygun faizle beraber FIM 124,869.42 (EUR 21,001.53) tutarında Sözleşme kurumlarına tazminat talebinde bulunmuştur.
68. Hükümet başvuranın yedi şikayetinden yalnızca birisinin kabul edilebilir kılındığı ve bu başlık altında düzenlenecek tazminatın bu anlamda uygun şekilde belirlenmesi gerektiği hakkında mütalaa sunmuştur. Başvuranın hem ulusal mahkemeler hem de Strasbourg mercileri nezdinde bazı masraflara ve giderlere uğramış olduğu kabul edilmiş olmasına rağmen, Hükümet alacaklarının yeterli ölçüde kanıtlanıp kanıtlanmadığı hususunda karar alınmasını Mahkemenin takdirine bırakmıştır.
69. Masrafların ve giderlerin fiilen ve gerekli kılındığı üzere Madde 10'un ihlalinin önlenmesi ve tazmin elde edilmesi için bu başlık çerçevesinde bir hüküm verilebilir (diğer yetkilerin yanında bakınız *Hertel v.İsviçre*, 25 Ağustos 1998 kararı, *Reports* (Raporlar) 1998-VI, s. 2334, § 63). Yalnızca Strasbourg kuruluşlarına ilişkin olarak değil; bunun yanında ulusal mahkemeler nezdinde yapılan masraflar ve uğranılan giderler tazmin edilebilir. Ancak yalnızca kabul edilebilir kılınan şikayete ilişkin ücretler ve giderler değerlendirilebilir. (bakınız örneğin *Mats Jacobsson v. İsveç*, 28 Haziran 1990 kararı, Seri A no. 180-A, s. 16, § 46).

70. Mahkeme maddi zararın bir parçası olarak değerlendirdiği Devlete yapılacak masraf ödemeleri hususunda başvurunu tazminata mahkum etmiştir. Söz konusu şahıs, yerel mahkemeler ve sözleşme kurumları tarafından yapılacak masraf tazmininin kalanını ispat edici herhangi bir fatura sunmamıştır. Yerel çerçevede Temyiz Mahkemesi huzurundaki duruşmada yalnızca avukat tarafından yardım görmüştür. Sözleşme usullerinde Madde 10 uyarınca şikayetin kabul edilebilir kılınmasına ve Madde 16 ve 13 uyarınca altı şikayetin kabul edilemez bulunmasına dair Mahkeme kararına kadar kendisini savunmayı tercih etmiştir.
71. Mahkeme, söz konusu şartlar altında ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirmede bulunarak başvurunu geçerli katma değer vergisine arttırılacak 6,500 EUR meblağında masraflar hususunda tazminata mahkum etmektedir.

### C. Temerrüt Faizi

72. Mahkemeye sunulan bilgiye göre, Finlandiya'da söz konusu kararın alınma tarihinde geçerli faiz oranı yıllık % 11'dir. Bu faiz başvuranın 27 Şubat 1996 tarihinden itibaren % 13'lük faizle T.'ye ödemekle yükümlü olduğu zarar ziyan dışında her türlü tazminat hükmü için geçerlidir (bakınız yukarıda fıkra 59 ve 63).

### MAHKEME SÖZ KONUSU GEREKÇELERE DAYANARAK

1. İkiye karşı beş oy ile Sözleşmenin Madde 10'unun ihlalinin gerçekleştiği kararı almıştır,
2. Sözleşmenin Madde 17 ya da 18'i çerçevesinde farklı bir hususun zuhur etmediğine oybirliği ile karar vermiştir,
3. İkiye karşı beş oyla davalı Devletin başvurana kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde Sözleşmenin Madde 44 § 2'si çerçevesinde manevi tazminat hakkında EUR 5,042 (beş bin kırk iki euro) ödemesine karar vermiştir.
4. Davalı Devletin başvurana, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde Sözleşmenin Madde 44 § 2'si çerçevesinde aşağıdaki tutarları ödemesine oybirliği ile karar vermiştir.

- (i) maddi zarar hakkında 1,900 EUR (bin dokuz yüz euro),
- (ii) zararlar ve giderlere ilişkin olarak geçerli vergi ile birlikte 6,500 EUR (altı bin beş yüz euro).

**5.** *Oybirliği* ile aşağıdaki kararları almıştır:

- (a) yıllık % 13 oranında basit faizin 27 Şubat 1996 tarihinden başlamak üzere EUR 1,900 meblağı üzerinden ödenmesi;
- (b) % 11 oranında yıllık basit faizin yukarıda ifade edilen üç aylık sürenin sona ermesinden sonra ödenmesi gereken diğer tutarlar üzerinden ödenmesi;

**6.** Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerini oybirliği ile reddetmektedir.

Karar İngilizce düzenlenmiştir ve 21 Mart 2002'de Strasbourg İnsan Hakları Binası'nda gerçekleştirilen kamuya açık duruşmada sunulmuştur.

Vincent Berger Georg Ress  
Kayıt Bölümü Başkanı

Sözleşmenin Madde 45 § 2'si ve Mahkeme Kararı 74 § 2 uyarınca Sayın Caflisch ve Sayın Pastor Ridruejo'nun muhalif fikirleri işbu karara eklenmiştir.

G.R.

V.B.

## HAKİM CAFLISCH VE PASTOR RIDRUEJO'NUN MUHALİF FİKİRLERİ

1. Söz konusu davada başvuran, Finlandiya mahkemesi huzurundaki kamuya açık duruşmada savcı T.'yi “kanıt sunumuna ilişkin açık suistimalle”, “iddianamenin doğrulanması için ortak suçluyu tanık olarak göstermekle” amaçlı usul taktikleriyle, “kasten yanlış suçlanmalarla”, “takterin kasti suistimaliyle”, “görev manipulasyonuyla”; kısacası “resmi görevlerini ihlal etmekle ve yasal güvenliği tehdit etmekle” suçlayan savunma avukatıdır. (bakınız hüküm fıkra 10) Bunlar mesleğin suistimaline ve savcı T.'ye yönelik sahtekarlık suçlamalarıdır. Ancak yerel mahkemelerdeki uzun süreç sonucunda, esas yaptırımdan –para cezası- feragat edilmiştir; başvuranın yükümlü kılındığı tek fiil savcıya mahkeme masraflarının ve zararlarının ödenmesidir.
2. Mahkemenin çoğunluğu, özellikle bu hükmün içerdiği hususlara ilişkin olarak ve mahkemede avukatın fiillerini içeren davalarda (bakınız kararın madde 46'sı) Devletin takdir hakkının dar kapsamlı olduğunu ifade ederek Finlandiya'nın Sözleşmenin 10. Maddesi'ni ihlal ettiğini ve olası cezaların “caydırıcı etkisinin” (bakınız kararın fıkra 54-55'i) fiillerine engel teşkil etmemesi için dile getirilmesi gereken uygun ifade üzerinde karar kılınmasının esasen avukata ait olduğunu ifade etmiştir.
3. Sözleşmenin Madde 10'u ifade özgürlüğünü korumaktadır. İkinci fıkrada söz konusu özgürlüğün ifasının birtakım görevler ve yükümlülükler taşıdığını ve belirli amaçların yerine getirilmesi amacıyla –savunma avukatının katkıda bulunması beklenen “başkalarının itibarının ya da haklarının korunması” ve “mahkemenin yetkisinin ve tarafsızlığının korunması” gibi- kanun tarafından öngörülmesi ve “demokratik bir toplumun gereği olması” halinde bazı kısıtlamalara tabi olabileceğini öngörmektedir. (bakınız *Schöpfer v. İsviçre*, 20 Mayıs 1998 Kararı, *Reports of Judgments and Decisions* (Hükümler ve Kararlara ilişkin Raporlar) 1998-III, s. 1052-53, § 29). Diğer bir ifadeyle, avukat tarafından mahkeme içinde ve dışında ifade özgürlüğü ifasına ilişkin bazı kısıtlamalar söz konusu olabilir; ancak Madde 10 çerçevesinde güvenceye alınan özgürlüğe zarar vermeksizin, ölçülü

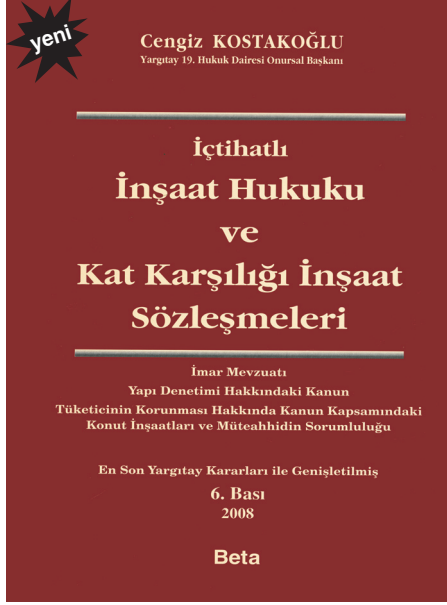
ve ilgili amaca hizmet edecek niteliğe sahip olmak zorundadır. Bu, başkalarının ve mahkemenin haklarının korunmasıdır. (söz konusu hususların ikincisi hukuki sürecin itibarını içermektedir).

4. Söz konusu davaya ilişkin olarak, bu anlamda başvuran aleyhine şikayet konusu tedbirlerle korunan menfaatlerin değerlendirilmesi gereklidir.
5. Açıktır ki başvuran tarafından açık oturumda yapılan suçlamalar belirli ciddiyete sahiptir. Yalnızca savcı T.'nin yanlış fiilini değil –niteliği itibariyle yasal olan- bunun yanında görevini suistimal ederek sahtekar davranış sergilediğini de ifade etmektedir. Bu hakim olsun olmasın bir kamu görevlisi hakkında dile getirilecek en ağır ifadelerden birisidir. Bunun anlamı yalnızca hakim, görevlerinin ifası ve muhtemelen diğer görevlerin icrası hususlarında uygun olmadığı değildir; bunun yanında mahkemenin itibarını da lekelemektedir. Diğer bir ifadeyle tedbir kapsamında korunan menfaatler büyük öneme sahiptir.
6. Ancak avukatın dava stratejilerinin eleştirilmesi ve kendine ait stratejiler geliştirmesi hususlarında geniş özgürlükten yararlanması gerektiği de açıktır. Ancak söz konusu özgürlük savcının ya da diğer kamu görevlilerinin dürüstlüğüne tekzip eden kişisel saldırıda bulunulmasını içeren geniş kapsamlı bir özgürlük olarak görülemez. Başvuranın saldırıları yukarıda ifade edilen *Schöpfer* davası ile karşılaştırıldığında daha uç bir örnek teşkil etmektedir (Mahkeme söz konusu davada ihlalin mevcut olmadığı yönünde karar almıştır –saldırıların söz konusu davanın aksine kamu önünde yapılmış olduğu gerçeği ile açıklanamayacak bir bulgudur. (bakınız kararın fıkra 52'si). Kesinlikle söz konusu şahıs hakkında zararlı niteliğe sahiptir; yargı sürecinin itibarına da eşit derecede zarar vermektedir.
7. İfade edilen iki menfaat grubu halihazırda ulusal adli muameleler esnasında yalnızca zarar ve masraf ödemesi ile sınırlandırılan tekzip edilen tedbirler ile karşılaştırılmalıdır (bakınız kararın fıkra 18'i). Sabıka kaydında bu anlamda bir ifade yer almamıştır. Sonuç olarak şikayet konusu kararın başvuranın kariyer geleceğini tehdit ettiği öne sürülemez.

8. Davanın sonucu ulusal çerçevede kabul edilebilir ya da bu hususa karşı çıkılabilir; ancak görüşümüz çerçevesinde savcı T.'nin çıkarları ile başvuranın menfaatlerine karşı çıkan mahkemenin çıkarlarının değerlendirilmesinde Finlandiya Yüksek Mahkeme tarafından verilen nihai hükme göre alınan tedbir gerekçelendirilmiştir – özellikle başvuranın müvekkili adına ölçsüz ifadeler kullanmaksızın aynı noktaları dile getirilebileceğine ilişkin olarak.
9. Bu gerekçelere dayanarak söz konusu davaya ilişkin olarak ilgili menfaatler ve alınan tedbirler arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin mevcut olduğu sonucuna varmış bulunuyoruz. Buna paralel olarak Sözleşmenin Madde 10'u ihlal edilmemiştir.



Beta



## İÇTİHATLI İNŞAAT HUKUKU VE KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

Cengiz KOSTAKOĞLU

**Ebatı**

16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

1408 Sayfa

**Basım Tarihi**

Mayıs 2008

**Fiyatı**

98.00 YTL.

## UYGULAMADA MÜDAFİLİK VE SANIK HAKLARI

Av. Erdal DOĞAN

**Ebatı**

16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

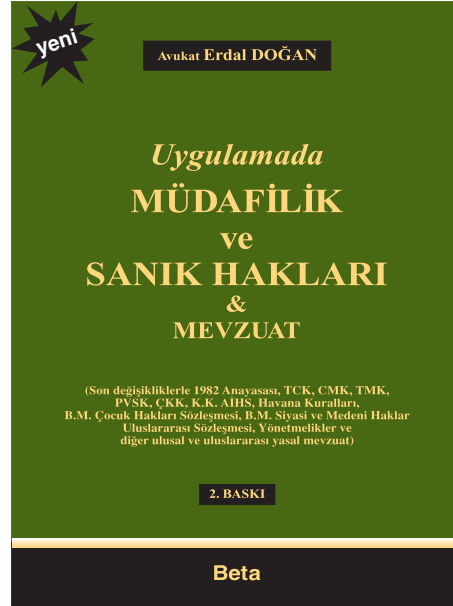
794 Sayfa

**Basım Tarihi**

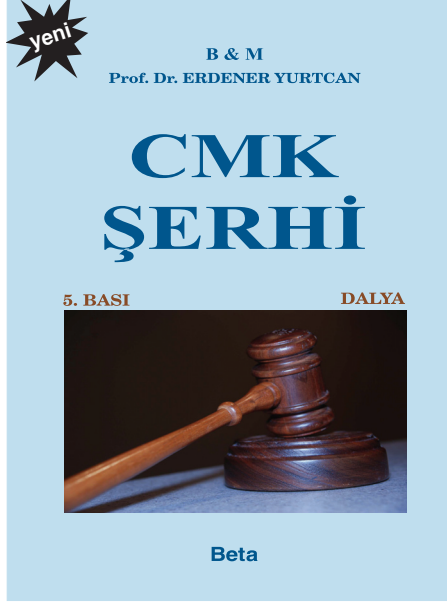
Mayıs 2008

**Fiyatı**

30.00 YTL.



Beta



**CMK ŞERHİ (Ciltli)**  
**Prof. Dr. Erdener YURTCAN**

**Ebatı**  
16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**  
1161 Sayfa

**Basım Tarihi**  
Nisan 2008

**Fiyatı**  
90.00 YTL.

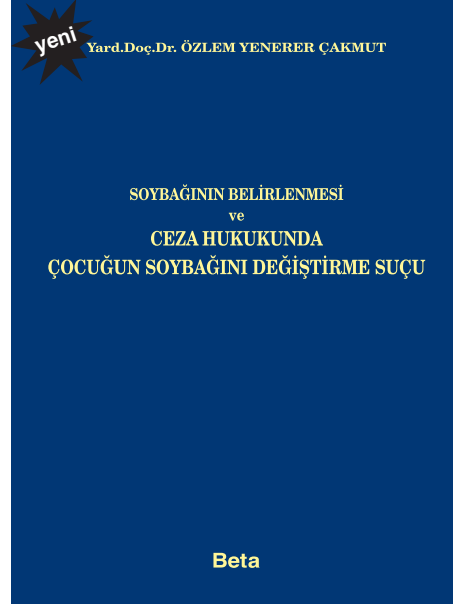
**SOYBAĞININ BELİRLENMESİ VE  
CEZA HUKUKUNDA ÇOCUĞUN  
SOYBAĞINI DEĞİŞTİRME SUÇU**  
**Yard. Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT**

**Ebatı**  
16.2 cm-23.5 cm

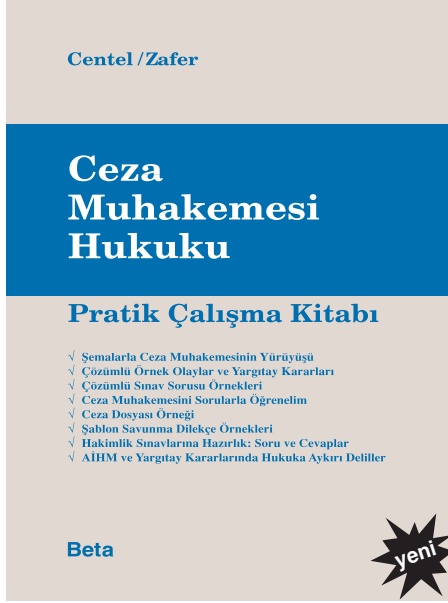
**Sayfa Sayısı**  
262 Sayfa

**Basım Tarihi**  
Mayıs 2008

**Fiyatı**  
28.00 YTL.



Beta



**CEZA MUHALEMESİ HUKUKU  
PRATİK ÇALIŞMA KİTABI**

**CENTEL/ZAFER**

**Ebatı**

16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

478 Sayfa

**Basım Tarihi**

Nisan 2008

**Fiyatı**

30.00 YTL.

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKU  
KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**

**Ebatı**

16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

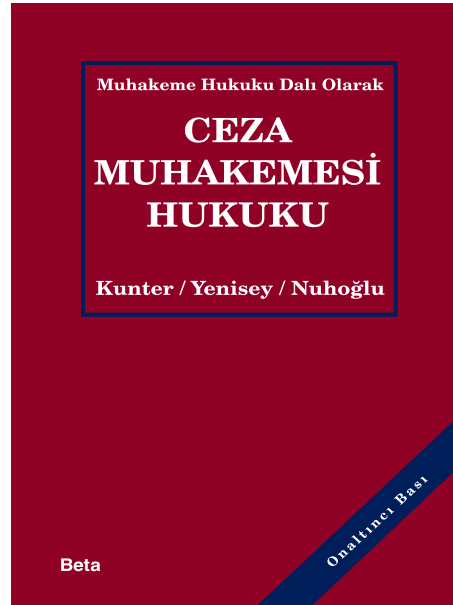
1586 Sayfa

**Basım Tarihi**

Ocak 2008

**Fiyatı**

47.50 YTL.





**Eski ve Yeni Ceza Mevzuatına Göre  
PARA CEZALARI ve İNFAZI**

**Oktay ERDOĞAN**

**Ebatı**

16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

663 Sayfa

**Basım Tarihi**

Mayıs 2007

**Fiyatı**

47.50 YTL.

**Yargı ve Kurul Kararları Işığında  
4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU ve  
İLGİLİ MEVZUAT**

**Hakan Harun BAŞ/Edat Yücel SEYHAN**

**Ebatı**

16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

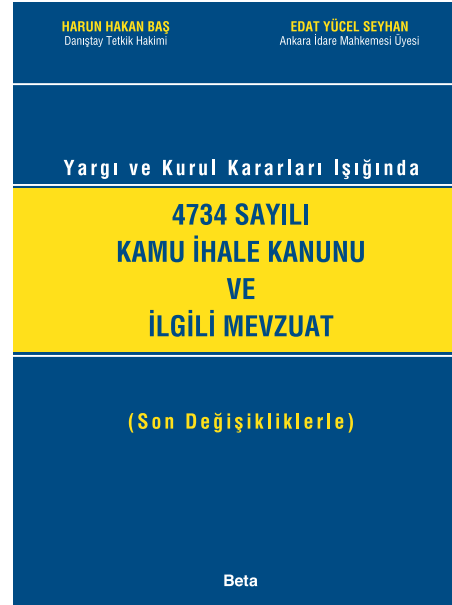
1176 Sayfa

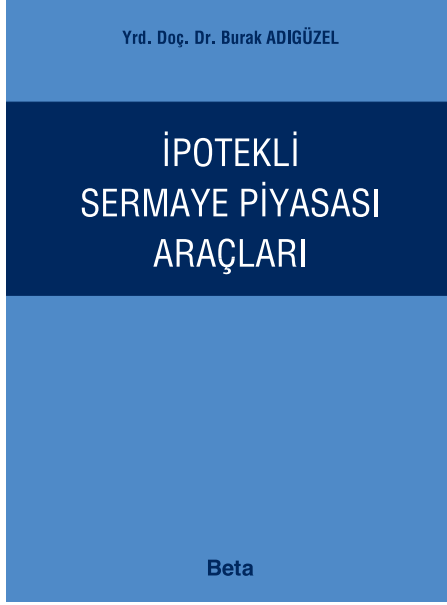
**Basım Tarihi**

Şubat 2007

**Fiyatı**

75.00 YTL.





**İPOTEKLİ SERMAYE PİYASASI  
ARAÇLARI**

**Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL**

**Ebatı**

16.2 cm-23.5cm

**Sayfa Sayısı**

416 Sayfa

**Basım Tarihi**

Mart 2008

**Fiyatı**

25.00 YTL.

**OLUMSUZ ZARAR**  
**Dr. Mehmet Serkan ERGÜNE**

**Ebatı**

16.2 cm-23.5cm

**Sayfa Sayısı**

433 Sayfa

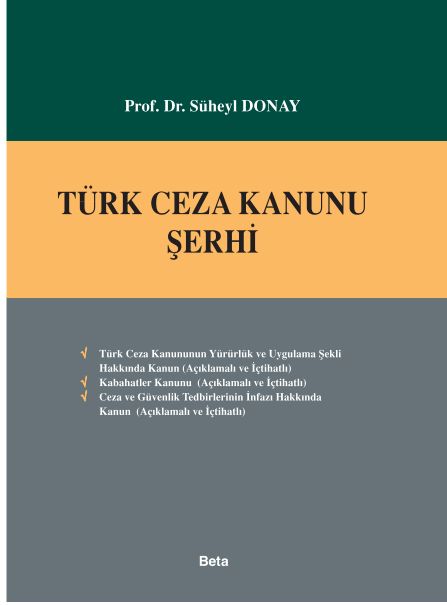
**Basım Tarihi**

Şubat 2008

**Fiyatı**

25.00 YTL.





**TÜRK CEZA KANUNU ŞERHİ**

**Prof. Dr. Süheyl DONAY**

**Ebatı**

16.5 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

753 Sayfa

**Basım Tarihi**

Eylül 2007

**Fiyatı**

57,00 YTL.

— Prof. Dr. Süheyl DONAY —

**BANKACILIK CEZA HUKUKU**

**Prof. Dr. Süheyl DONAY**

**Ebatı**

16.2 cm-23.5 cm

**Sayfa Sayısı**

310 Sayfa

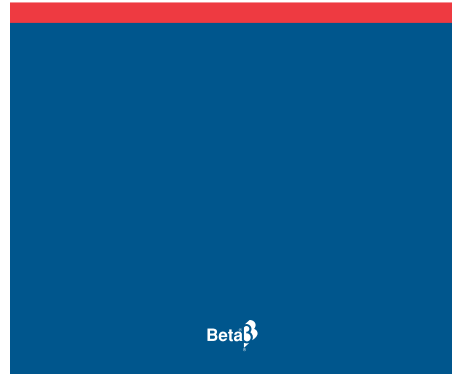
**Basım Tarihi**

Şubat 2007

**Fiyatı**

30 YTL.

**BANKACILIK CEZA HUKUKU**



**Türk Ceza Hukuku Derneği ve Beta Yayıncılığın yayını olan  
SUÇ ve CEZA DERGİSİNE abone olun!..**

“Suç ve Ceza Dergisi, bu sayısı ile üçüncü kez Türk hukukçularının yararına sunulmaktadır. Ceza Hukuku alanında Türkiye’de önemli bir yayın niteliğine ulaşacak olan bu dergi, üç ayda bir çıkacaktır.

Her sayıda, bilim adamları, yargıçlar, savcılar, avukatlar ve hukukçular, Ceza Hukuku ile ilgili önemli sorunları makalelerle, inceleme ve araştırmalarla, Türk hukukçularının yararına sunacaktır.

Dergimizin ilk iki sayısı ücretsiz dağıtılmıştır. Üçüncü sayıdan itibaren ücretli ve her sayı 20.-YTL olarak satışa sunulacaktır.

Abone olmak isteyenler için yıllık abonelik ücreti, 20.-YTL’lik bir indirim ile 60.-YTL. olarak öngörülmüştür.

*Dergimiz sizinle güçlenecektir;  
Türk hukukunun daha güzel,  
çağdaş ve atılımlar içinde olması hepimizin dileğidir.*

BETA Yayıncılık

Dergimizin düzenli olarak size gönderilmesini istiyorsanız, lütfen  
**BETA BASIM YAYIN DAĞIM A.Ş.** adına,  
**İŞ BANKASI/CAĞALOĞLU Şubesinin**  
**590328 No.lu hesabına 60.-YTL.** yatırmanız ve dekontu  
**0212/511 31 52** no.lu faksa göndermenizi rica ederiz.  
(İş Bankası Şube Kodu: 1095)

Ayrıntılı bilgi ve iletişim için:  
**BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş.**  
**(CEMİLE MERAL - EYLEM ÇAMURLU)**  
**Himaye-i Etfal Sok. Talas Han No: 13/15 Cağaloğlu-İstanbul**  
**Tel.: 0212/511 54 32 - 0212/519 01 77 Dahili: 12**  
**Faks: 0212/511 31 52**  
**E-mail: cemile.meral@damgada.com**  
**eylem.camurlu@damgada.com**